2014.1

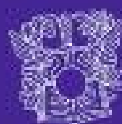
juriste
INTERNATIONAL

Union Internationale des Avocats

Rassembler les avocats du monde • Bringing Together the World's Lawyers • Reunir a los abogados del mundo



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados



bruylant
www.bruylant.be

Nouvelle revue 2014



Revue internationale des services financiers / International review of financial services (RISF)

Direction scientifique : Thierry Bonneau

Une analyse de l'actualité législative, réglementaire et jurisprudentielle de trois secteurs étroitement liés : la banque, les marchés financiers et l'assurance.

4 numéros par an
± 120 pages par numéro
Abo. 2014 : 180,00 €
abo@larciergroup.com

> banques
> marchés financiers
> assurances





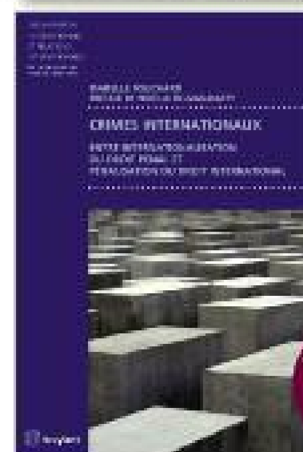
www.bruylant.be

Le patrimoine culturel, cible des conflits armés

De la guerre civile espagnole aux guerres du 21e siècle

Sous la direction de Vincent Négri

Bruylant – Édition 2014 – 270 p. – 50,00 € - ISBN 9782802738138





www.bruylant.be

Crimes internationaux

Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international

Isabelle Fouchard
Préface de Mireille Delmas-Marty

> Collection : Organisation internationale et relations internationales

Édition 2014 – 550 p. – 65,00 € - ISBN 9782802740643

Commandez en ligne !
Les frais de port sont gratuits pour la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg et la France.
www.bruylant.be
Les références de nos distributeurs sont consultables sur notre site.



Sommaire
Table of contents
Indice

Thème principal des illustrations: **Tokyo et le Japon** | Main picture theme: **Tokyo and Japan** | Tema principal de las ilustraciones: **Tokio y el Japón**



Editorial



Editorial du Président

Stephen L. DREYFUSS

Depuis le dernier numéro du *Juriste International*, j'ai connu plusieurs mois d'activité intense en tant que Président de l'UIA. Au gré des endroits que j'ai visités et des événements au cours desquels j'ai représenté l'UIA, j'ai acquis une nouvelle vision de la véritable signification de l'État de droit dans la vie des citoyens ordinaires pour lesquels nous intervenons. Je vous en donnerai deux exemples précis.

En février, j'ai représenté l'UIA à la Conférence annuelle des Présidents des barreaux européens à Vienne, dont le thème cette année était la protection des données. Seul Américain dans cette immense salle de conférence, j'ai rapidement constaté que les délégués européens étaient très préoccupés par la surveillance exercée par l'Agence nationale de sécurité de mon pays. La conclusion de la conférence a été que tous les avocats et les associations d'avocats doivent être vigilants pour préserver non seulement le droit de leurs citoyens à ne pas faire l'objet d'une surveillance indue, mais surtout le droit de nos clients à nous consulter de façon libre et confidentielle, sans craindre d'être écoutés par les gouvernements ou les procureurs. Les événements récents survenus en Australie, aux États-Unis et en France ont mis en exergue la nécessité d'une telle vigilance, et les barreaux et les associations d'avocats de ces pays y ont réagi rapidement et énergiquement. Comme je l'ai dit précédemment, ce ne sont pas les avocats que nous protégeons lorsque nous plaidons en faveur du secret professionnel, mais les droits les plus fondamentaux de nos concitoyens, les fondements mêmes de nos nations et l'État de droit lui-même.

Au mois de mars, je me suis rendu en Pologne pour assister au séminaire de la commission droit de la concurrence de l'UIA à Varsovie. Cet événement extraordinaire a compté sur la présence du Président de l'Autorité polonaise de la concurrence ainsi que d'éminents membres de l'UIA et de spécialistes du droit de la concurrence de toute l'Europe. Le public de plus de 80 personnes de l'ensemble du continent – dont une bonne partie découvrait l'UIA pour la première fois – a participé activement à une série de séances d'information sur les dernières actualités dans le domaine du droit européen de la concurrence. J'ai notamment eu la grande satisfaction de constater la présence à ce séminaire de nombreux conseillers juridiques internes, dont bon nombre travaillaient au sein de filiales polonaises de grandes multinationales, qui ont apporté une contribution précieuse au séminaire en expliquant les types de services qu'ils attendaient de leurs avocats externes et les pressions qu'ils subissaient pour convaincre la haute direction de leur société de la nécessité d'observer la loi, même si cela semble aller à l'encontre de l'efficacité commerciale et de l'augmentation des bénéfices. Ce séminaire a montré que les conseillers juridiques internes peuvent apporter une vision très utile au sein de l'UIA, attestant la pertinence de mes efforts pour accroître leur participation continue à notre association.

Lors de ce séminaire, j'ai fait plusieurs interventions sur l'UIA et les avantages d'y appartenir, et j'ai eu le grand plaisir de voir plusieurs participants y adhérer immédiatement. De plus, plusieurs représentants des membres collectifs potentiels ont manifesté le souhait de voir leur barreau et leur association se joindre à l'UIA. Cela constitue la meilleure voie possible pour la croissance de l'UIA: montrer aux membres potentiels qui nous sommes, la haute qualité de notre travail juridique et les liens personnels et professionnels étroits que nous tissons entre nous dans le cadre de nos activités. Je tiens à féliciter le Président de la commission droit de la concurrence, Alexander Stawicki, et ses vice-présidents Martina Maier et Astrid Ablasser-Neuhuber, pour leur remarquable travail de préparation et de présentation de ce séminaire très réussi de l'UIA Dans une des spécialités juridiques les plus techniques et les plus exigeantes, ils ont organisé un séminaire d'une qualité exceptionnelle, dont chaque participant a tiré des enseignements très concrets et utiles.

J'ai profité de ce séjour à Varsovie pour arriver quelques jours à l'avance en Pologne, afin de visiter Cracovie et les sites du camp de concentration nazi d'Auschwitz et du camp d'extermination de Birkenau. Ma fille s'est jointe à moi lors de cet émouvant pèlerinage. Nous avons beaucoup parlé de l'État de droit au sein de l'UIA, à juste titre, mais la justification de nos inquiétudes n'est jamais aussi flagrante que lorsque l'on voit de ses propres yeux les conséquences de la destruction de l'État de droit sur une société. Parmi toutes les horreurs d'Auschwitz, j'ai été frappé dans un des baraquements par une petite pièce aménagée en tribunal sommaire, où les Nazis tenaient à la va-vite des "procès" d'une minute ou deux à peine avant de punir les prisonniers accusés d'avoir enfreint une règle. Il n'y avait bien sûr pas le moindre semblant d'équité ni aucun avocat pour défendre l'accusé, mais il est intéressant de constater que même les Nazis ressentaient le besoin de déguiser leurs crimes sous l'aspect de la loi. Il y a quelque chose dans l'esprit humain, pour autant que cet esprit soit cyniquement dégradé, qui prétend à l'apparence de l'équité. Le droit est le moyen permettant de parvenir à cette fin – que ce soit en réalité ou, comme dans le cas d'Auschwitz, à travers une mascarade brutale et tragique.

C'est pourquoi l'UIA prend autant au sérieux sa responsabilité de défendre notre profession et nos collègues du monde entier contre les gouvernements qui bafouent l'État de droit. L'erreur commise par les avocats et d'autres défenseurs de la liberté au cours de l'histoire, y compris avant la Seconde Guerre Mondiale, a été de rester silencieux lorsqu'ils auraient dû s'exprimer haut et fort. Après ma visite d'Auschwitz et Birkenau, je suis plus que jamais convaincu que l'UIA doit toujours réagir lorsque les droits des citoyens sont compromis par la persécution des avocats, qui constituent le dernier bastion dans la défense de ces droits.

Mes séjours à Vienne et en Pologne m'ont appris que les avocats doivent continuer d'exercer leur

rôle d'alerte précoce – comme les canaris dans les mines de charbon d'antan – et tirer la première sonnette d'alarme dès que la loi est entravée ou bafouée. Nous nous acquittons de ce rôle de plusieurs façons: tout d'abord, en améliorant et en développant des règles rationnelles que nos sociétés doivent respecter pour protéger les droits de tous – comme nous le faisons en protégeant la liberté et l'équité économique dans le cadre du droit de la concurrence. En second lieu, en restant toujours vigilants face à l'érosion de l'État de droit et à la persécution des avocats qui le défendent. Cela reflète deux aspects cruciaux pour l'UIA: le travail de toutes nos commissions et groupes de travail pour favoriser le développement d'un processus décisionnel basé sur des règles justes et rationnelles dans chaque spécialité juridique, ainsi que notre défense constante de la défense afin de garantir que les avocats restent en mesure de sonner l'alarme chaque fois que les droits de leurs concitoyens sont menacés par la tyrannie.

Stephen L. DREYFUSS
Président de l'UIA

President's Editorial

The months since the last issue of *Juriste International* have been a very busy time in my UIA presidency. The places I have visited and the events at which I have represented the UIA have given me a new perspective on the real meaning of the rule of law in the lives of the ordinary citizens we serve as lawyers. Let me focus on two examples.

In February, I represented the UIA at the annual Conference of European Bar Presidents in Vienna. The conference theme this year was data protection, and as the only American in a very large conference room, I saw very quickly that the European delegates were extremely concerned about the surveillance conducted by the National Security Agency of my own country. We had a vigorous debate about the need to examine the policies and practices of European countries as well, since many bar presidents recognized that their own countries might well engage in the same sort of conduct. The conclusion of the conference was that all lawyers and all lawyers' associations must be vigilant in protecting not only their citizens' right to be free of improper surveillance, but especially our clients' right to consult us freely and confidentially, without fear that governments or prosecutors will be listening in. Recent events in Australia, the United States and France have underscored the need for such vigilance, and bars and lawyers' associations in these countries have responded quickly and forcefully. As I have said before, it is not lawyers we are protecting when we speak out in favor of professional secrecy; it is the most crucial rights of our fellow citizens that we defend, the very fabric of our nations and the rule of law itself.

In March, I visited Poland for the seminar of the UIA's Competition Law Commission in Warsaw. Only one of the many seminars the UIA is conducting this year, this extraordinary event featured the personal participation of the President of the Polish Competition Authority as well as outstanding UIA members and other competition law specialists from throughout Europe. More than 80 registrants, many of whom were discovering the UIA for the first time, were an involved and active audience for a series of sophisticated briefings on current issues in European competition law. I was particularly happy to note the participation of a large number of in-house counsel, who brought a unique perspective to the seminar through their explanations of the services they need from outside counsel, and the kinds of pressures they face in convincing the top management of their companies of the need for compliance with the law – even at the expense of perceived business efficiency and increased profits. This seminar was a perfect example of the valuable perspectives that in-house counsel bring to the UIA, and demonstrated the value of our efforts to increase their ongoing participation in our association.

I made a number of presentations during the seminar about the UIA and the benefits of UIA membership, and was gratified that some non-member participants joined the UIA on the spot. In addition, a number of attendees and speakers representing potential collective members from various countries expressed the desire to have their Bars and associations join us as well. This is how the UIA grows best: by showing prospective members who we are, the high quality of the legal work we do, and the warm personal and professional relationships we develop with each other along the way.

I took advantage of my visit to Warsaw to come to Poland a few days early, in order to visit Krakow and the sites of the Nazi concentration camp at Auschwitz and death camp at Birkenau. We talk a great deal about the rule of law at the UIA, and rightly so, but nowhere is the justification for our concern so clear as when we see first-hand what happens to a society when the rule of law is destroyed. Amid all the horrors of Auschwitz, I was struck by a small room in one of the barracks that was set up as a primitive courtroom, where the Nazis held perfunctory "trials", each lasting a minute or two, before punishing prisoners who they claimed had broken some rule. There was no semblance of fairness, of course, and no lawyers to defend the accused, but it was remarkable to see that even the Nazis felt the need to dress up their crimes in the clothing of the law. There is something in the human spirit, no matter how cynically degraded that spirit may be, that wants to pretend to be fair. The law is the means to that end – whether in reality or, as in the case of Auschwitz, in a tragic and brutal charade.

This is why the UIA takes so seriously its responsibility to defend our profession and our colleagues around the world from governments that flout the rule of law. The mistake that lawyers and other freedom-loving people have made throughout history, including in the years before World War II, has been to keep silent when they should have spoken out. My visit to Auschwitz and Birkenau strengthened my resolve that the UIA should always speak out when the rights of citizens are endangered by the persecution of the lawyers who are the last bulwark of defense of those rights.

As I learned from my visits to Vienna and Poland, lawyers must continue to be the early-warning signals – the "canary in the coal mine", as we say in the United States – who sound the first alarm whenever the rule of law is constricted or suffocated. We do that in a number of ways: first, by enhancing and developing rational rules for our societies to follow to protect the rights of all; and second by our constant vigilance against the erosion of the rule of law and the persecution of the lawyers who defend it. Both of these are central to the UIA: the work of all of our commissions and working groups to advance the development of fair and rational rules-based decision-making in every legal specialty, and our ongoing defense of the defense, to ensure that lawyers continue to be able to sound the alarm whenever the rights of their fellow citizens are threatened.

Stephen L. DREYFUSS
UIA President

Editorial del Presidente

Desde la última edición de *Juriste International*, los últimos meses de mi presidencia de la UIA han sido muy ajetreados. Los lugares que he visitado y los eventos en los que he representado a la UIA me han dado una nueva perspectiva del significado real del Estado de derecho en las vidas de los ciudadanos de a pie para quienes los que intervenimos. Permítanme centrarme en dos ejemplos.

En febrero, representé a la UIA en la Conferencia anual de los Presidentes de Colegios de Abogados Europeos en Viena, cuyo tema este año era la protección de datos. Al ser el único americano en una inmensa sala de conferencias, enseguida me di cuenta de que a los asistentes europeos les preocupaba mucho la vigilancia que lleva a cabo la Agencia Nacional de Seguridad de mi propio país. La conclusión de la conferencia fue que todos los abogados y asociaciones de abogados deben permanecer alerta para proteger no sólo el derecho de los ciudadanos a permanecer libres de una vigilancia inadecuada, sino sobre todo el derecho de nuestros clientes a consultarnos libre y confidencialmente, sin miedo a que los gobiernos o fiscales les escuchen. Los recientes acontecimientos ocurridos en Australia, Estados Unidos y Francia han puesto de manifiesto la necesidad de esta vigilancia, y los colegios de abogados y asociaciones de abogados de estos países han respondido rápida y enérgicamente. Tal como he dicho antes, cuando defendemos el secreto profesional no protegemos a los abogados, sino los derechos más fundamentales de nuestros conciudadanos, auténtico entramado de nuestras naciones y el Estado de derecho en sí.

En marzo, viajé a Polonia para asistir al seminario de la comisión derecho de la competencia de la UIA celebrado en Varsovia. Fue un encuentro extraordinario, en el que participó personalmente el Presidente de la Autoridad polaca de la competencia, así como destacados miembros de la UIA y especialistas en derecho de la competencia de toda Europa. Más de 80 inscritos de toda Europa, muchos de los cuales descubrían la UIA por primera vez, componían una audiencia implicada y activa de una serie de sesiones informativas sofisticadas sobre los temas actuales relativos al derecho de la competencia europeo. Me alegró especialmente observar la participación en este seminario de un gran número de abogados de empresa, muchos de los cuales venían de filiales polacas de grandes multinacionales, quienes aportaron una perspectiva única al seminario con sus explicaciones del tipo de servicios que necesitan de su abogado externo, y las presiones a las que se enfrentan a la hora de convencer a la alta dirección de sus empresas de la necesidad de cumplir la ley – incluso a costa de la eficacia empresarial percibida y del aumento de los beneficios. Este seminario fue un ejemplo de las valiosas perspectivas que aportan los abogados de empresa a la UIA, y demostró el valor de mis esfuerzos por aumentar su participación permanente en nuestra asociación.

Durante el seminario hice una serie de presentaciones sobre la UIA y las ventajas de ser miembro de la UIA, y me reconfortó el hecho de que algunos participantes no miembros se uniesen a la UIA ahí mismo. Además, varios representantes de posibles miembros colectivos de diversos países expresaron su deseo de que sus colegios de abogados y asociaciones se uniesen también a nosotros. Este es el mejor modo que tiene la UIA de crecer: mostrando a los miembros potenciales quiénes somos, la alta calidad del trabajo jurídico que hacemos, y las cálidas relaciones personales y profesionales que entablamos a la vez. Doy la enhorabuena al Presidente de la comisión derecho de la competencia, Alexander Stawicki, y a las Vicepresidentas Martina Maier y Astrid Ablasser-Neuhuber por el trabajo realizado para preparar y presentar este seminario de la UIA tan fructífero. En una de las especialidades jurídicas más técnicas y exigentes, prepararon un seminario de altísima calidad del que todos los asistentes sacaron provecho con ideas concretas y muy útiles.

Aproveché mi visita a Varsovia para ir a Polonia unos días antes, y así visitar Cracovia y los campos de concentración nazis en Auschwitz y el campo de exterminio en Birkenau. En este conmovedor peregrinaje me acompañó mi hija. Hablamos mucho sobre el Estado de derecho en la UIA, y con razón, pero nuestra preocupación nunca se ve tan clara como cuando vemos de primera mano lo que le sucede a una sociedad cuando se destruye el Estado de derecho. Entre los horrores de Auschwitz, lo que me dejó atónito fue un pequeño cuarto en uno de los barracones que había sido acondicionado como un primitivo tribunal, donde los nazis hacían "juicios" someros, de uno o dos minutos cada uno, antes de castigar a los prisioneros que, según afirmaban, habían incumplido alguna regla. Por supuesto, no había ningún viso de justicia ni abogados que defendieran a los acusados, pero resultaba sorprendente ver cómo hasta los nazis sentían la necesidad de cubrir sus crímenes con las vestiduras de la ley. Hay algo en el espíritu humano, por muy cínicamente degradado que esté, que quiere aparentar ser justo. La ley es el medio para alcanzar este fin, ya lo sea en realidad o, como en el caso de Auschwitz, en una farsa trágica y brutal.

Por eso la UIA se toma tan en serio su responsabilidad de defender nuestra profesión y a nuestros compañeros de todo el mundo ante los gobiernos que desdeñan el Estado de derecho. El error que han cometido los abogados y otros amantes de la libertad a lo largo de la historia, incluso en los años anteriores a la Segunda Guerra Mundial, ha sido guardar silencio cuando debían haber hablado. Mi visita a Auschwitz y Birkenau me reafirmó en mi idea de que la UIA debe hablar siempre cuando los derechos de los ciudadanos se vean perjudicados por la persecución de abogados que son el último baluarte de la defensa de estos derechos.

Tal como aprendí de mis visitas a Viena y Polonia, los abogados deben seguir siendo los primeros que den la señal de alarma – el "canario de la mina de carbón", como decimos en Estados Unidos – cuando el Estado de derecho se vea oprimido y asfixiado. Lo hacemos de varios modos: en primer lugar, intensificando y desarrollando reglas racionales para que las sigan nuestras sociedades para proteger los derechos de todos – al igual que hacemos protegiendo la libertad económica y la justicia mediante el derecho de la competencia – y, en segundo lugar, mediante nuestra vigilancia constante contra el menoscabo del Estado de derecho y la persecución de los abogados que lo defienden. Estos dos temas son cruciales para la UIA: el trabajo que desempeñan todas nuestras comisiones y grupos de trabajo para avanzar en el desarrollo de una toma de decisiones basada en unas reglas racionales y justas en cada especialidad jurídica, y nuestra defensa permanente de la defensa, para garantizar que los abogados sigan siendo capaces de dar la señal de alarma cuandoquiera que los derechos de sus conciudadanos se vean amenazados por la tiranía.

Stephen L. DREYFUSS
Presidente de la UIA



Message du Rédacteur en Chef

Rassembler les avocats du monde

Bénédicte QUERENET-HAHN

Le numérique est décidément un sujet de préoccupation en matière de droits de l'homme. Dans la précédente édition de *Juriste International,* nous avons évoqué les enjeux des big data. Par la suite, le conseil de présidence de l'UIA, réuni à Barcelone, a débattu, à l'initiative du Président de l'UIA, Stephen L. Dreyfuss, de la surveillance de masse. Chargé de l'introduction de ce débat, Marc Gallardo Meseguer, Président de la commission vie privée et droits de l'homme numérique, a esquissé les différentes formes de surveillance, distinguant la surveillance des contenus de celle des données transactionnelles, c'est-à-dire des données afférentes à notre activité par Internet et par téléphone, telles que les données de géolocalisation, de connexion ou de consommation.

Marc Gallardo Meseguer a ensuite décrit les enjeux et les risques de la surveillance de masse par les États et par les sociétés privées, pour le droit à la vie privée, tel qu'énoncé à l'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'Homme.

Il a enfin terminé son propos introductif par le constat de l'obsolescence des législations existantes, qui ne suffisent plus à protéger et à garantir le droit à la vie privée, et par l'énoncé des principes suggérés par les Nations Unies, pour parvenir à concilier les impératifs légitimes de sécurité des États et les droits à la vie privée.

Un intense débat a suivi, au cours duquel se sont opposés les défenseurs de l'intention vertueuse des États, aux sceptiques. Les opinions exprimées ont montré combien elles dépendent de la culture et de l'histoire de chacun. À la confiance de certains, qui estiment que ceux qui n'ont rien à cacher n'ont pas à craindre d'être surveillés et qui considèrent que les États ne peuvent avoir d'intentions malveillantes à l'égard de leurs citoyens, s'est opposée la crainte des autres, face aux risques d'abus, tels que dénoncés par Edward Snowden. Marc Gallardo Meseguer a, à ce propos, justement rappelé que la surveillance de masse n'est pas seulement le fait des États, mais également des sociétés privées, citant le récent exemple de Target.

À l'issue de ces vives discussions, le Conseil de Présidence de l'UIA a conclu à la nécessité que l'UIA prenne une résolution sur le sujet et a chargé la commission vie privée et droits de l'homme numérique et François Moyse de la préparer.

Ce débat a précédé de peu une recommandation du comité des ministres aux États Membres de l'UE, en date du 16 avril 2014, sur un Guide des droits de l'Homme pour les utilisateurs d'Internet (CM/Rec(2014)6), d'une part, et un important arrêt de la cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 8 avril 2014, d'autre part. Au terme de cet arrêt, la CJUE a déclaré invalide la directive 2006/24/CE sur la conservation des données à des fins de lutte contre le crime organisé et le terrorisme. Cette directive oblige les fournisseurs d'accès à Internet et les opérateurs téléphoniques à conserver les données de leurs clients, entre six mois et deux ans, à des fins de recherche et de poursuite d'infractions.

Selon la CJUE, la conservation des données visées par la directive n'est pas en soi de nature à porter atteinte du droit fondamental au respect de la vie privée, car elle ne concerne pas le contenu des échanges, mais les données telles que le lieu de connexion ou la durée de la communication. La CJUE rappelle en effet que la directive répond à un objectif d'intérêt général.

La CJUE estime néanmoins que la directive est invalide, en raison :

- de la durée prévue de conservation des données, dont la directive ne garantit pas qu'elle soit limitée au strict nécessaire,
- du manque de protection des consommateurs contre les risques d'abus, aucun critère ne limitant l'accès aux données par les autorités compétentes, et
- de l'absence de mesures pour limiter l'ingérence dans la vie privée.

Pour ces motifs, la CJUE a déclaré invalide la directive 2006/24/CE, parce qu'elle comporte une ingérence au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, deux droits fondamentaux garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Internet, c'est aussi un espace de liberté, que nombre d'États cherchent à contrôler. C'est le cas notamment en Turquie, où une législation récente vient d'être adoptée, qui permet au BTK, l'organisme turc de régulation d'Internet, d'ordonner aux opérateurs de bloquer tout site diffusant des contenus qui portent atteinte à la vie privée, qui sont vus comme "*discriminatoires ou insultants à l'égard de certains membres de la société*", ou qui vont contre les objectifs de protection de l'enfance et de la famille. Par application de cette loi, le BTK a demandé aux fournisseurs d'accès d'interdire à leurs clients d'accéder à Twitter et à Youtube. Victor Rosello Mallol expose en détail, dans cette édition de *Juriste International*, les dispositions et les effets de cette loi, en termes de Libertés.

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) constituent un immense défi en termes de droits de l'Homme. À cet égard, l'initiative du Président de l'UIA, Stephen L. Dreyfuss, pour que notre association en débatte et contribue, par ses réflexions, à la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les NTIC, doit être saluée.

Bénédicte QUERENET-HAHN
Rédacteur en Chef - Juriste International

Message from the Chief Editor

Bringing Together the World's Lawyers

Bénédicte QUERENET-HAHN

Digital technology is undoubtedly a subject for concern in terms of Human Rights. In the previous issue of *Juriste International*, we referred to the questions raised by big data. Subsequently, the UIA Governing Board, meeting in Barcelona, discussed the matter of mass surveillance at the initiative of UIA President Stephen L. Dreyfuss. Responsible for introducing the debate, Marc Gallardo Meseguer, the rights of the digital person commission President, outlined the different forms of surveillance, making a distinction between the surveillance of content and that of transactional data – i.e. data related to our activities on the Internet and telephone, such as geolocation, connection or consumption data.

Marc Gallardo Meseguer then described the issues involved and the risks of mass surveillance by governments and private companies in terms of the right to privacy, as laid down in Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights.

He concluded his introductory remarks by referring to the obsolescence of existing legislation, which no longer suffices to protect and guarantee the right to privacy, and by stating the principles suggested by the United Nations in order to make it possible to reconcile the legitimate security imperatives of States and the right to privacy.

An intense debate followed, during which those upholding the virtuous intentions of States were pitted against the sceptics. The divergent opinions expressed showed to what extent they depended on the concerned person's culture and history. The faith of some – who believed that those who had nothing to hide had nothing to fear from surveillance and who felt that States could not harbour hostile intentions against their own citizens – was set against the fears of others, given the risk of misuse, as denounced by Edward Snowden. In this regard, Marc Gallardo Meseguer rightly recalled that mass surveillance was conducted not just by States, but also by private companies, quoting the recent example of Target.

At the end of a very lively discussion, the UIA Governing Board concluded that UIA needed to adopt a resolution on the subject and entrusted the rights of the digital person commission and François Moyse to prepare it.

The debate was held just before, firstly, a recommendation of the Committee of Ministers to Member States of the EU, dated April 16, 2014, of a Guide on Human Rights for Internet users (CM / Rec (2014) 6), and, secondly, an important ruling by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on April 8, 2014, which declared the Directive (2006/24/CE) on data retention for the purposes of the fight against organised crime and terrorism invalid. This Directive had made it mandatory for internet access providers and telephone operators to retain their clients' data for a period of six months to two years for purposes of investigating and prosecuting crimes.

According to the CJEU, data retention, as sought by the Directive, was not in itself liable to infringe upon the fundamental right to privacy, as it did not concern the contents of communications, but data related to connection locations or the duration of communications. In fact, the CJEU recalled that the Directive was in line with the objective of what was in the general interest.

However, the CJEU believed that the Directive was invalid because of the:

- Data retention duration stipulated, which the Directive does not guarantee will be limited to what is strictly necessary
- Lack of protection for consumers against risks of misuse, there being no criteria to limit access to data by competent authorities and the
- Absence of measures to limit interference in private life.

For these reasons, the CJEU declared invalid Directive 2006/24/EC, because it constitutes an interference with the respect for private life and the protection of personal data, two fundamental rights guaranteed by the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

The Internet is also a space in which freedom reigns, which many States are seeking to control. That has been the case in Turkey, in particular, where recent legislation has been adopted that allows the BTK – the Turkish Internet Regulatory Body – to order operators to block any websites disseminating contents deemed to infringe upon private life and which are considered "discriminatory or insulting towards certain members of society" or against the objectives of protection of children and family. Applying the same law, the BTK had asked internet access providers to block their clients' access to Twitter and YouTube. In this issue of *Juriste International*, Victor Rosello Mallol explains in detail the law's provisions and effects in terms of freedoms.

New Information and Communication Technologies (NICTs) also present an immense challenge in terms of human rights. In this respect, UIA President Stephen L. Dreyfuss' initiative to encourage our association to discuss this subject and contribute to the debate on them through its reflections on the defence of human rights and fundamental freedoms in the NICTs must be commended.

Bénédicte QUERENET-HAHN
Chief Editor - Juriste International

Mensaje del Redactor Jefe

Reunir a los abogados del mundo

Bénédicte QUERENET-HAHN

El mundo digital es, sin lugar a dudas, un tema de preocupación en materia de derechos humanos. En la edición anterior de *Juriste International*, evocamos los retos de los big data. Después, el Consejo de Presidencia de la UIA, reunido en Barcelona, debatió a iniciativa del Presidente de la UIA, Stephen L. Dreyfuss, la vigilancia de masas. Marc Gallardo Meseguer, Presidente de la comisión Privacidad y derechos de la persona digital, encargado de presentar este debate, esbozó las diferentes formas de vigilancia, distinguiendo la vigilancia de contenidos de la de los datos transaccionales, es decir, los datos relacionados con nuestra actividad por Internet y por teléfono, como son los datos de geolocalización, conexión o consumo.

A continuación, Marc Gallardo Meseguer describió los retos y los riesgos de la vigilancia de masas por los Estados y por las sociedades privadas para el derecho a la vida privada, contemplado en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por último, puso fin a sus palabras de presentación constatando lo obsoletas que han quedado las legislaciones existentes, que ya no bastan para proteger y garantizar el derecho a la vida privada, y enunciando los principios sugeridos por las Naciones Unidas, para lograr conciliar los imperativos legítimos de seguridad de los Estados y los derechos a la vida privada.

A continuación, se mantuvo un intenso debate, que opuso a defensores de la intención virtuosa de los Estados y escépticos. Las opiniones expresadas demostraron hasta qué punto dependen de la cultura y la historia de cada cual. A la confianza de algunos, que consideran que quienes no tienen nada que ocultar no tienen por qué temer que les vigilen y que los Estados no pueden tener malas intenciones para con sus ciudadanos, se oponía el temor de otros, ante los riesgos de abusos, como los denunciados por Edward Snowden. En este sentido, Marc Gallardo Meseguer recordó pertinentemente que la vigilancia de masas no sólo la realizan Estados sino también sociedades privadas, y citó el ejemplo de Target.

Al término de estos acalorados debates, el Consejo de Presidencia de la UIA concluyó que es necesario que la UIA adopte una resolución sobre el tema y encargó su preparación a la comisión Privacidad y derechos de la persona digital y a François Moyse.

Este debate se producía poco antes que una receomendación dfel Comité de lso ministros de los Estados miembros de la UE, en fecha del 16 de abril de 2014, sobre una guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet (CM/Rec(2014)6-, por una parte, y una importante decisión de la Corte de justicia de la Unión europea (CJUE) del 8 de abril de 2014 por otra parte. A cuyo término de esta decisión, la CJUE declaró inválida la directiva 2006/24/CE sobre la conservación de los datos para fines de lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. Esta directiva obliga a los proveedores de acceso a Internet y a los operadores telefónicos a conservar los datos de sus clientes, entre seis meses y dos años, con fines de investigación y persecución de infracciones.

Según la CJUE, la conservación de los datos contemplados por la directiva no atenta en sí contra el derecho fundamental al respeto de la vida privada, ya que no se refiere al contenido de las comunicaciones, sino a datos tales como el lugar de conexión o la duración de la comunicación. La CJUE recuerda, en efecto, que la directiva responde a un objetivo de interés general.

Sin embargo, la CJUE considera que la directiva es inválida, debido a:

- la duración prevista de conservación de los datos. Pues, la directiva no garantiza que sea limitada al estricto necesario
- la falta de protección de los consumidores contra los riesgos de abuso, ya que ningún criterio limita el acceso a los datos por parte de las autoridades competentes, y
- la ausencia de medidas para limitar la injerencia en la vida privada

Por estos motivos, la CJUE declaró inválida la directiva 2006/24/CE, porque comporta una ingerencia al respeto de la privacidad y de la protección de los datos personales, dos derechos fundamentales garantizados por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea.

Internet es también un espacio de libertad que muchos Estados tratan de controlar. Es el caso de Turquía, donde se acaba de adoptar una legislación reciente, que permite al BTK, organismo turco de regulación de Internet, ordenar a los operadores bloquear toda página Web que difunda contenidos que atenten *contra la vida privada, que sean vistos como "discriminatorios o insultantes para determinados miembros de la sociedad"*, o que vayan contra los objetivos de protección del menor y de la familia. En aplicación de esta ley, el BTK solicitó a los proveedores de acceso que prohibieran a sus clientes acceder a Twitter y a Youtube. Victor Rosello Mallol expone detalladamente, en esta edición de *Juriste International*, las disposiciones y los efectos de esta ley, en materia de libertad.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC) constituyen un inmenso reto en cuestión de derechos humanos. En este sentido, hay que aplaudir la iniciativa del Presidente de la UIA, Stephen L. Dreyfuss, para que nuestra asociación debata sobre ello y contribuya, con sus reflexiones, a defender los derechos humanos y las libertades fundamentales en las NTIC.

Bénédicte QUERENET-HAHN
Redactor Jefe del Juriste International



Actualités de l'UIA
UIA News
Novedades de la UIA



L'UIA à Saly, Sénégal

À propos du séminaire de l'UIA sur l'arbitrage au Sénégal : réalités, enjeux et horizons Perspectives africaines et internationales

Mamadou GACKO

L'UIA, en collaboration avec l'Ordre des avocats du Sénégal, a organisé les 28 février et 1er mars dernier à Saly (Sénégal), un séminaire sur le thème: « L'arbitrage au Sénégal: perspectives africaines et internationales ». Ce séminaire a été l'occasion pour les professionnels du droit sénégalais et de l'espace OHADA, de débattre des enjeux et opportunités de développement de l'arbitrage aux niveaux national, régional et international. Les débats ont été d'autant plus riches que 150 personnes, avocats, magistrats et professeurs de droit, venus de 14 pays africains et d'ailleurs ont participé aux travaux.

Ces travaux ont permis de familiariser les participants avec l'arbitrage, mode alternatif de règlement des litiges se définissant comme *« l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »* [1]. Les différents panélistes ont ainsi précisé que l'arbitrage pouvait être *ad hoc,* soit entièrement organisé par les parties qui peuvent le soumettre au règlement d'arbitrage de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International), ou prendre la forme d'un arbitrage institutionnel, soit organisé par une institution d'arbitrage et se déroulant conformément au règlement d'arbitrage élaboré par cette institution. Tout en ayant vanté la souplesse de l'arbitrage *ad hoc,* les orateurs ont souligné la sécurité et la prévisibilité que garantit l'arbitrage institutionnel.

Les orateurs ont aussi distingué l'arbitrage commercial, qui naît de la volonté des parties exprimée dans une convention d'arbitrage (clause compromissoire ou compromis), de l'arbitrage fondé sur les traités bilatéraux d'investissement. Dans ces traités, les États signataires s'engagent à assurer aux investisseurs ressortissant de l'autre État un traitement comparable à celui qu'ils assurent à leurs propres nationaux et prévoient que ces investisseurs étrangers puissent avoir recours à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges résultant d'une atteinte à leur investissement.

Plusieurs types d'institutions d'arbitrage ont été, en outre, évoqués lors du séminaire. Il a été question des deux institutions locale et régionale que sont le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar (CAMC) et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)[2] créée dans le cadre de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

Des institutions d'arbitrage internationales ont aussi été évoquées. On retrouve au niveau de ces institutions une dichotomie entre celles qui sont plus orientées vers l'arbitrage commercial et celles qui sont dédiées à l'arbitrage relatif aux investissements. Ainsi, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) est l'institution d'arbitrage la plus importante en matière d'arbitrage commercial, alors que le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé sous l'égide de la Banque mondiale par la Convention de Washington de 1965, est une institution dédiée à l'arbitrage d'investissement.

Les spécificités de chacun de ces deux derniers types d'arbitrage institutionnel ont aussi fait l'objet d'une présentation.

Le règlement d'arbitrage de la CCI ayant fait l'objet d'une révision en 2012, ce séminaire a été l'occasion d'expliquer que cette révision s'articulait autour de quatre axes, que sont le contrôle des arbitres, de la procédure, de la sentence et des coûts. Le nouveau règlement d'arbitrage CCI a également apporté des évolutions en matière d'articulation des procédures avec parties multiples et contrats multiples et prévu un arbitre d'urgence susceptible de se prononcer sur des demandes de mesures provisoires et conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral.

L'arbitrage CIRDI, quant à lui, se singularise notamment par la publicité du déroulement de la procédure (avec divulgation de l'existence du litige et de détails sur l'état de la procédure) et la possibilité d'intervention d'*amicus curiae*, soit des tiers étrangers au litige qui se proposent d'apporter au tribunal arbitral des informations, dans le but de l'aider à trancher le litige.

Une fois les participants au fait de tous les mécanismes de l'arbitrage, l'accent a été porté sur la réalité de la pratique arbitrale au Sénégal. Cet état des lieux a toutefois montré que très peu de procédures arbitrales étaient organisées sous les auspices du CAMC de Dakar ou de la CCJA[3], les investisseurs se tournant davantage vers d'autres institutions comme la CCI[4] ou le CIRDI.

Les orateurs et intervenants ont justement regretté que les procédures arbitrales se passent le plus souvent en dehors du Sénégal et des institutions d'arbitrage locales. Ce désintérêt pour ces dernières institutions est d'autant plus frappant que le Sénégal dispose pourtant d'un dispositif juridique[5] et institutionnel[6] très favorable à l'arbitrage.

> Les orateurs et intervenants ont justement regretté que les procédures arbitrales se passent le plus souvent en dehors du Sénégal et des institutions d'arbitrage locales.

Des tentatives d'explications de l'absence de développement local de l'arbitrage international ont été apportées par les différents orateurs.

Le premier facteur qui fut évoqué est la faible connaissance et pratique de l'arbitrage au Sénégal. Cette faible pratique est due au fait que les avocats sénégalais et, plus généralement, de

l'espace OHADA, n'ont pas encore pris conscience de l'importance de l'arbitrage et du marché qu'il représente, en raison, notamment, d'une absence de formation initiale en la matière dans la plupart des universités et écoles africaines de formation aux métiers du droit. En outre, les avocats, plus habitués au contentieux judiciaire, ignorent les usages et la « culture » de l'arbitrage et se placent ainsi dans une situation difficile lorsqu'ils participent à des procédures arbitrales, dans lesquelles ils sont confrontés à des avocats rompus à ce type de procédures. Enfin, étant peu formés à l'arbitrage, les avocats ne prévoient pas forcément des clauses compromissoires dans les contrats dont la rédaction leur est confiée.

Ce dernier constat se retrouve également au niveau des États, collectivités publiques territoriales et établissements publics de la zone OHADA qui, bien que disposant de la capacité de compromettre[7], ne prévoient pas toujours non plus de clauses compromissoires dans leurs contrats.

Les panélistes ont unanimement considéré qu'un développement du marché de l'arbitrage au Sénégal passait d'abord et avant tout par la formation des avocats et magistrats à ce mode de règlement des différends. À cet égard, la future école sénégalaise de formation à la profession d'avocats pourra jouer un rôle significatif dans la formation initiale et continue des avocats au droit de l'arbitrage.

Les avocats sénégalais et africains pourront aussi bénéficier de l'appui de la Facilité africaine de soutien juridique (FASJ)[8].

En tout état de cause, les avocats, pour profiter des opportunités économiques qu'offre le marché, devront s'adapter aux pratiques de l'arbitrage et s'imprégner de cette culture de l'arbitrage en s'inspirant par exemple des nombreuses règles de comportement édictées par les associations internationales d'avocats.

Le second facteur d'explication à l'absence de développement de l'arbitrage au Sénégal est lié aux institutions d'arbitrage locales. Le développement de la pratique arbitrale passe par l'augmentation de la visibilité et de la crédibilité de ces institutions d'arbitrage. Une promotion desdites institutions auprès des acteurs du commerce interne et international est à cet égard indispensable. C'est d'ailleurs dans cette optique que la CCJA a récemment nommé un Secrétaire général chargé de l'arbitrage.

Il a toutefois été relevé que ces institutions d'arbitrage sont encore jeunes et qu'il fallait encore leur laisser du temps pour qu'elles acquièrent de la visibilité. Le CIRDI a ainsi mis 25 ans à voir ses activités augmenter de manière significative.

Le progrès de l'arbitrage au Sénégal se fera aussi avec le développement économique. L'augmentation de la force de négociation des sociétés locales leur permettra d'imposer des sièges ou institutions africains dans leurs futures conventions d'arbitrage.

Les différents panélistes n'ont cependant pas manqué de relever que des efforts avaient été entrepris, notamment par l'Ordre des avocats du Sénégal, pour faire de Dakar une place importante d'arbitrage de l'Afrique.

Les dernières évolutions, notamment en matière de marchés et de concessions publics, confirment cette volonté de l'État sénégalais de faire de l'arbitrage le mode de règlement privilégié des différends. Le nouveau cahier de clauses administratives générales prévoit en effet un recours à l'arbitrage en cas de litige. De même, le code minier permet, par une convention minière conclue entre l'État et le prospecteur ou l'exploitant, d'écarter la compétence des juridictions sénégalaises, au profit notamment d'un tribunal arbitral, alors que le code sénégalais des investissements prévoit la possibilité d'un arbitrage conventionnel ou fondé sur un traité bilatéral d'investissement.

C'est donc sur cette note d'espoir que les travaux ont pris fin et que les avocats sont repartis, conscients de la nécessité de développer une expertise africaine crédible et de renforcer les capacités des institutions d'arbitrage locales, mais aussi convaincus du potentiel et des atouts du Sénégal et du Barreau dans la conquête des marchés de l'arbitrage commercial international.

Mamadou Gacko
Elève-avocat
à l'École de Formation du Barreau (EFB) de Paris
Stagiaire chez Teynier, Pic & Associés,
sous la direction de Laurence Kiffer
(www.teynier.com)
Paris, France

1 C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 785.

2 La CCJA a la particularité d'être à la fois un centre d'arbitrage et une juridiction d'annulation des sentences arbitrales rendues sous ses auspices.

3 Le CAMC a reçu, depuis sa création, très peu de demandes d'arbitrage (70) et rencontre, en outre, des difficultés essentiellement liées à une insuffisance de ses moyens et à la compétitivité de ses tarifs sur les litiges d'un montant supérieur à 1 milliard de francs CFA (soit, environ 1,5 million d'euros). De même, la CCJA a enregistré seulement 68 affaires depuis sa création, avec une vingtaine de sentences rendues.

4 Il ressort des statistiques de la CCI que 7 % des affaires enregistrées concernent au moins une partie africaine.

5 L'arbitrage au Sénégal est majoritairement régi par l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage. Le Sénégal dispose aussi d'une loi propre, la loi n° 98-30 de 1998 sur l'arbitrage, applicable à tous les arbitrages auxquels le Traité OHADA et l'Acte uniforme ne sont pas applicables. Enfin, le Sénégal a ratifié la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et conclu plusieurs traités bilatéraux d'investissement qui prévoient l'arbitrage comme mode de règlement des litiges entre l'État et les investisseurs ressortissant de l'autre État contractant : ces traités ont d'ailleurs donné lieu, jusque-là, à deux arbitrages sous l'égide du CIRDI, dans les affaires *SOABI c. Sénégal* de 1984 et *Millicom c. Sénégal* de 2009 qui ont d'ailleurs fait l'objet d'une communication lors du séminaire.

6 Le Sénégal dispose d'un Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC), situé à Dakar et créé en 1998. Il bénéficie aussi de la présence, dans la région, du centre d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA).

7 Article 2 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage.

8 La Facilité africaine de soutien juridique, sous l'égide de la Banque africaine de développement, qui l'abrite, accompagne les gouvernements africains dans le cadre de la négociation de transactions commerciales complexes et leur apporte une assistance juridique technique pour consolider leur expertise en matière de contentieux avec des créanciers commerciaux, notamment des fonds-vautours. La Facilité participe à cet égard à la formation des avocats et juristes africains dans ces domaines.



The UIA in Valencia

MAY
9-10, 2014

Opportunities from the Re-activation of the Real Estate Market

Jorge MARTI MORENO

The real estate market is showing multiple signs of recovery. There are many opportunities in Europe, Asia, Latin America, North America and Asia.

This is not the only change. There are new participants in the market: In most countries, banks are new players in the real estate sector, real estate funds are becoming more and more important, and there are many differences between funds specialising in assets such as infrastructures or leisure related assets and funds that invest in distressed assets.

There are also new players in the European real estate market from Asia and Latin America, seeking opportunities to diversify their portfolio. These investors, often family offices, are reacting faster than funds to identify investment opportunities.

In Spain, we have witnessed the interest of foreign investors in real estate assets located in large cities or on the coast, but also how interest targets differ, ranging from commercial or industrial premises to residential housing or hotels. Investors from the Middle East, including sovereign wealth funds and family offices, are also active.

Some foreign investors have made their investments and have already divested them with substantial capital gains in short maturity periods. They are now considering additional transactions.

The "Golden Visa" policy implemented in countries such as Portugal and Spain is encouraging non-EU citizens to invest in order to benefit from a visa to reside and move within Europe. This has also made the real estate sector more dynamic.

There are also opportunities outside Europe. The north of Africa and Sub-Saharan Africa are increasingly becoming destinations for foreign investors.

However, due caution should be used before investing in case things do not go well. Arbitration is an advantageous dispute settlement mechanism, especially when dealing with public authorities.

Countries are also very active in protecting the national heritage, even in times of crisis. We will review an arbitration award dealing with a foreign investment in Libya. In addition, we will discuss the case of The Isle of Budelli, next to Sardinia, in Italy.

Environmental matters are an important aspect of real estate investments. The adaptation to climate change represents a challenge for real estate projects.

Sports open a wide range of opportunities for real estate. We will review the London Market after the Olympic Games, football clubs such as Valencia CF and real estate opportunities.

All these issues will be covered in our forthcoming seminar of the UIA in Valencia, on May 9-10, 2014.

Valencia has hosted two editions of the America's Cup, as well as several F-1 city circuit races. The Valencia region is home to several football teams in the Spanish *Primera División*.

A combination of ancient Roman origins and monuments finished in the 21st century, such as the City of Arts and Sciences, makes us believe firmly in the success of this UIA event.

Jorge MARTI MORENO
UIA Director of International Relations
Uría Menéndez Abogados S.L.P
Valencia, Spain
jorge.marti@uria.com





La UIA en Estrasburgo

JUNE
5-6, 2014

Novedades en la Jurisprudencia del TEDH en materia civil y penal. Selección de temas

Carlos FATÁS MOSQUERA

Como ya viene siendo habitual desde hace ya varios años, el último en 2013 en Mónaco y todos ellos con gran éxito de asistencia y gran calidad de oradores, la Unión Internacional de Abogados, a través de la comisión de derechos humanos con el apoyo y colaboración de la Dirección de derechos humanos y de defensa de la defensa, organiza y celebra su seminario sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos los próximos días 5 y 6 de junio de 2014.

El seminario que se organiza anualmente, y que este año se celebrará en la propia sede del Tribunal Europeo que amablemente nos acogerá en el Palais des droits de l'homme de Estrasburgo (Francia), está destinado a dar a conocer de primera mano tanto los mecanismos procesales de salvaguarda de los derechos fundamentales que se encuentran a disposición de los justiciables, en aplicación del propio reglamento del Tribunal en cuanto a los aspectos prácticos de acceso y tratamiento del recurso por el Tribunal, como del contenido mismo de los referidos derechos que desarrolla y establece la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos en interpretación del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales así como de sus protocolos que lo han ido completando y modificando.

El Tribunal europeo de derechos humanos, lejos de tener un ámbito de actuación estático, tiene unos mecanismos procesales y una jurisprudencia en constante evolución que los abogados y actores jurídicos y judiciales no pueden dejar de conocer y de alegar, no sólo cuando acuden y se dirigen a él sino ya desde el inicio de un asunto de derecho interno tratado y aplicado por jurisdicciones nacionales de uno de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa.

Es comúnmente sabido que existen una serie de requisitos mínimos para poder pretender acudir a la jurisdicción del Tribunal europeo pero la constante evolución a la que nos referíamos anteriormente nos obliga, como abogados y prácticos del derecho, a estar al día de los mismos en aras a evitar que un recurso, que de por sí tiene estadísticamente apenas un 5% de posibilidades de ser admitido a trámite en fase inicial, no lo sea por el mero desconocimiento de uno o varios de esos requisitos por parte de un profesional.

Desde el 1 de enero de 2014, y por modificación del artículo 47 de su reglamento, el acceso al Tribunal es más restrictivo pues dos cambios importantes han entrado en vigor: el formulario del recurso y los documentos que deben necesariamente acompañarlo desde el inicio mismo, entre los cuales el poder de representación del Letrado, formulario y documentos cuya presentación es ahora





imprescindible para interrumpir el plazo de los 6 meses siguientes a la última decisión judicial interna y ello so pena de ver denegada la admisión del recurso, con carácter definitivo y por simples defectos formales sin entrar a conocer el fondo de la denunciada vulneración.

Así, entendiendo que resultará muy útil e imprescindible para los abogados y prácticos del derecho, el primero de los temas que se desarrollará en el seminario, concretamente en la mañana del día 5 de junio, será el de las "Condiciones de Admisibilidad y Tratamiento de los Recursos por el Tribunal", haciéndose un estudio detallado y pormenorizado de los requisitos con especial hincapié en la última reforma actualmente vigente así como en los cambios que se esperan o prevén en un futuro.

Por otra parte, existe la errónea creencia de que todas las materias que nutren los asuntos del Tribunal europeo de derechos humanos son siempre de naturaleza penal por ser el ámbito de predilección dónde más a menudo se perpetran las vulneraciones más habituales y conocidas de los derechos humanos por parte de los Estados.

Existe en efecto en el Tribunal y en su jurisprudencia un importante contencioso de salvaguarda y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en materia civil, mercantil, administrativa, fiscal, etc., que no debe en absoluto desconocerse pues en numerosas ocasiones, el Tribunal suele otorgar el amparo de un derecho obligando incluso a cambiar la legislación interna en la materia concreta que le fue denunciada.

Así sucede en materia de familia, especialmente en cuanto a su *noción* que ha ido evolucionando al ritmo de la sociedad y de la propia ciencia, también en cuanto a la protección de la Infancia y de los derechos de los niños, niños cuya indefensión merece un tratamiento especial, su adopción, el secuestro internacional que desgraciadamente sufren sea por los propios progenitores, por terceros o por organizaciones criminales, tantos temas que, entorno al análisis del artículo 8 y concordantes del Convenio, serán tratados en la sesión que tendrá lugar durante toda la tarde del día 5 de junio.

También se ha querido dedicar en este Seminario una especial atención a la protección del derecho a la propiedad, derecho que viene reconocido en el protocolo número 1 o adicional, concretamente en su artículo 1. El tema será desarrollado y expuesto entorno a la privación del derecho (expropiaciones, derecho fiscal, etc.) y la reglamentación por parte de la administración del uso por un propietario de sus bienes. Este interesantísimo y complejo tema será tratado de manera monográfica en la sesión del día 6 de junio que durará toda la mañana.

En cuanto a los oradores de las ponencias, contaremos con un elenco del máximo prestigio pues tendremos la suerte de poder escuchar a Don Josep Casadevall Medrano, Vice-Presidente del Tribunal europeo de derechos humanos y Presidente de la sección 3ª, Juez elegido por el Principado de Andorra, a Doña Isabelle Berro-Lefevre, Presidente de la sección 1ª del Tribunal, Juez elegida por el Principado de Mónaco, Don Pascal Dourneau-Josette, Secretario judicial y Jefe de división del Tribunal, Doña Anne-Marie Dougin, Jefe de división del Tribunal, entre otros ponentes especialistas que también intervendrán en nuestro seminario que se desarrollará en francés.

Como de costumbre, todas las ponencias e intervenciones serán seguidas por un interesante debate y los habituales ruegos y preguntas que constituirán una ocasión fantástica para esclarecer cuestiones y dudas que todos los temas expuestos susciten a los asistentes. Y ello, sin olvidar obviamente las pausas café, la comida y la cena que serán también un momento ideal, según se quiera, de relajación y/o de trabajo.

¡Esperamos pues verles y saludarles en la magnífica ciudad de Estrasburgo el 5 y 6 de junio de 2014!

Carlos FATÁS MOSQUERA
Co-Director de Derechos Humanos y Defensa de la Defensa de la UIA
Aureo Abogados SLP
Barcelona, España
carlos.fatas@aureo-abogados.com





The UIA in Lisbon

JUNE 20-21, 2014

6th UIA Business Law Forum on Business Restructuring and Compliance – New Trends

Maria Antónia CAMEIRA & Stephan KÖNIG



Since the onset of the banking crisis, deal-making has become difficult and volumes have fallen away. The restructuring of the different sectors of the corporate landscape, as well as a combination of liquidity pressures, a tough economic environment and ongoing regulatory changes, continue to have a considerable impact on business models and are likely to be key factors affecting M&A deals.

State bailouts have lead to restructuring deals in the banking sector, forcing banks to shed assets. Waves of new regulations facing the banking and insurance sector industries have also led to streamlining through disposal of businesses.

M&A activity has proven to be part of the solution in order to respond to ongoing regulatory change.

Compliance and tax matters have also proved to be key factors when dealing with restructuring processes.

A review of compliance procedures at the target level has become an indispensable feature of transactions, in particular in regulated or sensitive industries.

Whilst companies and shareholders continue to seek value from transactions, the tax-efficiency of the deal structure as well as a review of the target's operations that could be affected by a transaction is essential.

Where the transaction is driven by restructuring requirements, ensuring legal compliance is not enough. Analysis of a company's defences and vulnerabilities before creating restructuring plans and implementing disposals is critical.

Putting together M&A restructuring deals, such as split-ups, spin-offs and carve-outs, in the context of their tax implications and compliance requirements, before, during and after completion of the deal, is one of those challenges that every experienced adviser in the legal, accounting and financing industry wants to take and likes to face.

At the next UIA Business Forum in Lisbon in 2014, members of the banking, corporate, M&A and tax Law commissions of the UIA will discuss such matters together with representatives of the financial sector. One of the highlights of the seminar will be a particular focus on emerging market transactions, and insolvency practitioners from Asia, Africa and Latin America.

Maria Antónia CAMEIRA
President of the UIA National Committee – Portugal
Cameira Legal
Lisbon, Portugal
mac@cameiralegal.com

Stephan KÖNIG
President of the UIA Mergers & Acquisitions commission
Oppenhoff & Partner
Cologne, Germany
stephan.koenig@oppenhoff.eu



The UIA in Sofia

JUNE 27-28, 2014

Medical Malpractice

Konstantin DIMITROV

The UIA seminar, organised with the support of the Supreme Bar Council of Bulgaria and the Sofia Bar Association, will take place in the Hilton Hotel, Sofia, Bulgaria, on June 26-28, 2014.

The subject of the seminar is "Medical Malpractice".

The first part of the seminar will cover issues related to review and further development of the comparison of national law systems (definition of medical malpractice, practitioners, hospitals and clinics, laboratories), penal liability of practitioners and conditions of civil responsibility. As general speakers, there will be practicing lawyers from Bulgaria and other countries, magistrates, professors of law and medicine, practising doctors of medicine and representatives of insurance companies.

The moderator for the first day will be Mr. Bernard Vatier, France, Former President of the Paris Bar Association and CCBE (Conseil des Barreaux européens), partner in Vatier & Associés, Paris-Bruxelles.

After a general review of the problem, the seminar will deal with penal liability of practitioners. In this part, the participants will meet practising lawyers, magistrates from the Bulgarian Court of Appeal and Professors of medicine – forensic medicine, national consultant.

The first part of the seminar will end with the problem of civil liability. The participants will have the opportunity to listen to practising lawyers and magistrates from the Court of the First Instance in Sofia.

The second part of the seminar will cover issues related to liability of hospitals, clinics and laboratories, regulation of medical accidents according to CRCI[1] Regulation and the liability of public authorities and the principle of precaution. In this part of the seminar, participants will meet a university professor of law from Bulgaria, practising lawyers from different countries and representatives of Bulgarian insurance companies.

The third part of the seminar will deal with civil responsibility and the insurance of practitioners and victims of medical malpractice and the predictable evolution of the problem. The issue related to civil liability and insurance will be developed by speakers who are practising Bulgarian and foreign lawyers as well as a professor of law from the Sofia University.

The seminar will end with a round table entitled, "The Predictable evolution of the problem". In this part, we expect speeches from professors of law, professors of medicine and, of course, practising lawyers.

This seminar offers an opportunity to meet Bulgarian and foreign lawyers practising in this area. It will start in the evening of June 26 with an opening cocktail in the Sofia Hilton Hotel. The working sessions will take place from 9.00 am to 7.00 pm on June 27 and from 9.00. am to 1.00 pm on June 28. Coffee breaks, lunches and the official dinner are included in the programme.



Sofia, the capital of Bulgaria, is more than 18 centuries old, has almost 2,000,000 inhabitants and combines successfully its ancient past with its modern present. The city has a modern transport infrastructure, including a new international airport, subway, transport network with numerous tram, trolleybus and bus lines with convenient connections to the subway and taxi services at relatively low prices. Sofia is the starting point for three motorways to the east, north and south and for various railway lines. Sofia is also a stop along the route of the world-famous Orient Express (Vienna – Belgrade – Sofia – Istanbul). There is a regular train service to Bucharest, to the north and another line to the south going to Thessaloniki and from there on to Athens. The second largest city in Bulgaria, Plovdiv, is located 130 kilometres away to the East of Sofia.

Sofia also has an international airport and offers an incredible walk back in time through the architecture of 19th century urban Bulgaria in the Old City. It takes about 3 hours to get from Sofia to the Black Sea coast in the East via the Trakia motorway and only one hour along the Struma motorway to the South of Sofia to reach the world-famous Rila Monastery, a UNESCO heritage site, where monks live even today. It is relatively fast and easy to drive from Sofia to each part of Bulgaria and its five neighbouring countries.

Sofia has a rich and well-developed tourist infrastructure. There are numerous, successful five-star hotels of international chains (Hilton, Radisson, Kempinski) and individual luxury four- and five-star hotels as well as other hotels capable of meeting the needs of all guests. There is modern fibre optic cable Internet connectivity which is, in general, very fast and of a high quality. In the subway and other public spaces, there is wireless Internet.

The heart of Sofia's centre, which has generally been built over the ancient Roman capital Serdika, features whole ancient streets from the times of Emperors Trajan and Constantine the Great which are a rarity and which are open and accessible for all guests of the city.

In early medieval times, Sofia hosted one of the last ecumenical councils (the Council of Serdika) before the division of the Christian Church into the East Orthodox and Catholic Churches. The Saint Sofia Church, which has given the city its contemporary name, was built 15 centuries ago.

For more than 100 years, the city has had an opera house, many theatres, a philharmonic orchestra, music halls and salons, art galleries and museums, such as the National Museum of History and the Archaeological Museum.

Via its southern estates, Sofia has "gone up" the mountain of Vitosha which offers the city's inhabitants and guests unique opportunities for tourism and ski adventures. The Sofia Bar Association has its own modern tourist hut on Vitosha mountain.

For participants there is a half-day optional excursion to the 19th century town-museum Koprivshtitza, proposed by the Bulgarian and Sofia Bar Associations. Koprivshtitza is located about 100 kilometers away from Sofia.

We look forward to seeing many of you in Sofia!

Konstantin DIMITROV
Member of the Organising Committee
Sofia Bar Association
Sofia, Bulgaria
sak_sas@abv.bg

[1] CRCI: Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, infections iatrogènes et infections nosocomiales – Regional commissions for conciliation and compensation for medical accidents, iatrogenic disorders and nosocomial infections.



A seminar about "Comparative Study on Anti-Corruption Regulations – US, Europe, China and Japan" will be co-organized by the Tokyo Bar Association and the UIA on July 7, 2014 at the headquarters of the Japan Federation of Bar Association. This is the first seminar in the UIA's history held in Tokyo, Japan, one of the major economic and business centres of Asia, where foreign investments are expected to be stimulated by the 2020 Olympic and consequently become activated to a considerable extent in the coming years. This seminar will be a remarkable event celebrating the affiliation of the Tokyo Bar Association, the largest bar association of Japan, with the UIA, further promoting the integration of Japanese legal society into the Europe-based international organisation of lawyers. Following a UIA seminar in New York in September 2013 handling similar issues, this could be a great opportunity to see how anti-corruption regulations will work in an Asian business environment totally different from the United States.

The typical half-day seminar will cover one of the most hotly debated compliance issues in the US, Europe, China and Japan to share and compare experience and expertise. Speakers from each jurisdiction specialized in anti-bribery will be presenting the subject of practical issues involving, in particular, the Foreign Corrupt Practices Act of the United States (the "FCPA") and the UK Bribery Act (the "UKBA") as well as how to defend globalized companies doing business in high-risk jurisdictions against unexpected involvement in bribery, which would also encompass such critical issues as how we should respond to an investigation on the grounds of alleged violation of anti-bribery regulations.

While each jurisdiction has its own domestic anti-bribery regulations with diversified enforcement practices, globalized corporations worldwide doing business in emerging

The UIA in Tokyo

JULY

7, 2014

Come to the first UIA seminar in Tokyo, Asia's economic and business centre!

Motoyasu HIROSE

countries are increasingly exposed to the risk of triggering enforcement of the world's most far-reaching regulations with extra-territorial application, namely the FCPA and the UKBA and thus urged to establish and reinforce their "global-standard" corporate governance in order to ensure full compliance with these rules and defend themselves against harsh sanctions and reputational damages by successfully demonstrating their best compliance practices.

Coping with the bribery risks is inseparably connected with prudent reconsideration of the customary practice of social connotations including gift-giving and entertainment which are generally accepted or tolerated in certain jurisdictions or regions but in reality risk being qualified as *"bribe"* in light of the global standards. Such customary practice is likely to trigger bribery risks when doing business in a majority of Asian countries, where personal relationship with public officials rather than the legal rules is rather more appreciated to smoothly proceed with arrangements of whatever nature, which foreign investors should always keep in mind when engaging third party business partners acting on their behalf. In this context, how to identify, assess and reduce the unwanted risk of indirect or passive bribing through third party business partners in Asia would also be the most critical, sensitive and difficult concerns facing the corporations ambitiously exploring business opportunities into the emerging countries.

The seminar will also include interactive Q&A sessions where participants will be able to ask the experienced speakers for their views on specific queries you may have about anti-bribery practices. Hosted by the Tokyo Bar Association, many Japanese lawyers who are not UIA members will also attend and provide their views from different perspectives. This seminar will be followed by a reception at a traditional Japanese restaurant close to the venue, where UIA participants will become more familiar with Japanese lawyers and their way of thinking.

This UIA seminar will take place on Monday. If you arrive in Japan a bit earlier in the weekend, you will also have the possibility to make a day trip to and explore other touristic destinations, traditional culture, history and abundant nature of Japan (i.e. Kyoto, Mt. Fuji, Hakone or Nikko, etc.) in addition to Tokyo because domestic travel to any of these places is quite easy thanks to the well-organized and convenient public transport.

Motoyasu HIROSE
Uryu & Itoga
Tokyo, Japan
hirose.motoyasu@uryuitoga.com



The UIA's Tax Law Commission

2013
THE COMMISSION OF THE YEAR

Interview of Tiago Marreiros Moreira, President of the UIA Tax Law Commission



From left to right: Pedro Pais de Almeida (Portugal), Alan Jessup (Australia), Tiago Marreiros Moreira (Portugal), Daniel Lehman (Switzerland), Agustina Loinaz (Uruguay) and Alexander Pupeter (Germany)

Juriste International (JI): *In Macau, you were awarded the UIA's first edition of the Commission of the Year Prize. How does it feel?*

Tiago Marreiros Moreira (TMM): It is a great privilege and a huge responsibility for the tax law commission to be awarded this very important prize, especially in its first edition and also because many other commissions have done a fantastic work.

JI: *How does your commission work throughout the year?*

TMM: In the last years, we have organized an annual meeting of our commission which takes place in the country of the Commission members. I organized the first meeting in Lisbon and we held the second one in Malta. We have also organized and participated actively in several UIA seminars, such as the ones taking place in Lisbon, Mozambique and Argentina (this one jointly organized with the AIJA). We also organize regular conference calls to prepare the tax law commission annual meetings as well as the UIA seminars and congresses.

JI: *How do you involve yours members in the work of the commission?*

TMM: I try to delegate to the Vice-Presidents of the commission and to other active members of my commission, several roles in co-ordination and organization of the tax law commission activities. Another innovative approach that we introduced to make sure that everyone has a chance to participate actively in the congress, was to always organize two sessions for the congress: (i) a tax law commission session, to allow us to debate the most relevant tax issues and trends and (ii) a joint session with other commissions, to promote networking and team work between UIA commission members.

JI: *What kind of advice would you give other commissions so that they perform as well as yours?*

TMM: It is very important that they have a good balance between youth and veteran members, giving everyone a chance to participate actively in the commission works and in the congresses and seminars. It is also very important to recruit new members from new jurisdictions every year. It is also very important to organize seminars with other commissions on a regular basis.

JI: *Why is tax law of major concern for lawyers?*

TMM: Because tax law impacts almost all other Law areas and has an immediate financial impact on most transactions and, ultimately on clients. The increasing globalization of businesses demands a high level of competitiveness and this is where tax law plays a difference.

JI: *What kind of activities are you planning to organize for 2014?*

TMM: In 2014, we are co-organizing with the banking law, corporate law and M&A commissions a seminar in Lisbon, taking place on June 20 and 21 on: "The New Restructuring of Businesses". Juriste International readers are all invited to come to Lisbon to attend this seminar – I am sure that they will find the discussions very profitable and they will love the city.

JI: *What could you tell Juriste International readers to make them join your commission?*

TMM: If you are a dynamic and hardworking lawyer and you want to have fun with a team of fantastic colleagues from several corners of the world, join the UIA tax law commission! Who knows, you may win another UIA prize…

Tiago MARREIROS MOREIRA
President of the UIA Tax Law Commission
Vieira de Almeida & Associados
Lisbon, Portugal
tm@vda.pt



Proposal for an International Convention on Cross-Border Insolvency by the UIA

Ángel María BALLESTEROS BARROS

Within the limits of the current mandate of Working Group V of UNCITRAL commissioned by the 43rd plenary[1], the Union Internationale des Avocats (UIA) has proposed that Working Group V completes its mandate with the preparation of an international convention on cross-border insolvency[2]. That possible legislative text would contribute to the development, modernisation and harmonisation of international trade law under the mandate and goals that the General Assembly has entrusted to UNCITRAL[3].

At present, Working Group V of UNCITRAL has fulfilled the first part of the mandate given to complete the review, application and interpretation of certain provisions of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and its Guide to Enactment, such as the concept of centre of main interests[4]. However, the term has not been exhausted in the second part of the mandate *"to develop a model law or provisions on insolvency law addressing selected international issues, including jurisdiction, access and recognition, in a manner that would not preclude the development of a convention"*[5].

Due to the differences between the insolvency regimes of the various contracting States, the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency has been incorporated into domestic legal systems of the States to only a limited extent. Faced with this problem, an international convention would be the most appropriate technical measure for the harmonisation and codification of international insolvency law, facilitating the mutual recognition of foreign insolvency proceedings in different contracting States.

The need for an international convention becomes even more apparent in the course of insolvency proceedings affecting corporate groups. The absence of binding instruments to regulate the international aspects of the insolvency of corporate groups hampers homogeneous solutions. Applying the national law of contracting States is not conducive to the proper development of cross-border insolvency proceedings and reorganisation plans for group companies (protocols). An international convention would provide solutions within corporate groups since it would allow the recognition of foreign proceedings, the access for insolvency representatives to the courts of other Contracting States and the co-operation and co-ordination of the various procedures for insolvency of corporate groups.

This international convention should provide at least a practical solution to the following issues:

a) Granting of access to the courts to foreign insolvency representatives;
b) Recognition of foreign insolvency proceedings, and
c) Communication, co-ordination and co-operation between insolvency representatives and courts.

The proposed convention could, if agreement seems possible, also contain provisions on:

a) Direct competence for the commencement of insolvency proceedings, whether main or secondary ("*convention double*");
b) Law applicable to insolvency proceedings ("*convention triple*").

The starting point for the elaboration of an international convention would be the articles of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and its Guide to Enactment, which could be completed with the recommendations contained in the Legislative Guide on Insolvency Law, including the provisions of Part Three relating to the treatment of insolvent corporate groups. In these preparatory works for a convention other reference texts on the subject could be taken into account such as the European Insolvency Regulation, having proved to be extremely useful and effective in the European Union.

The degree of consensus in Working Group V on texts already adopted in cross-border insolvency would facilitate the preparation of this international convention. Recent experience in the review and approval of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and its Guide to Enactment, the Judicial Perspective in the application of the Model Law, the Legislative Guide on Insolvency Law and the Practice Guide on Cross-Border Insolvency Co-operation have facilitated the creation of an *opinio juris* required for the development of an international convention.

The UIA is of the view that, particularly in the international context, the approach of soft law has reached its limits of effectiveness. The global crisis has shown that other binding legal instruments are needed to provide greater assurance and legal certainty in cross-border insolvency situations, especially in proceedings involving international corporate groups.

The UIA submitted this proposal for consideration of Working Group V of UNCITRAL in the forty-fourth session held in Vienna (16-20 December 2013). Following expressions of support from a number of delegations, the Working Group agreed that it might be appropriate to study the feasibility of developing a convention. That study will be conducted informally by an ad hoc group, which the UIA has been invited to join in the Working Group session to be held in New York (21-25 April 2014).

Ángel María BALLESTEROS BARROS
President of the UIA Bankruptcy commission
Concordia Abogados
Seville, Spain
ballesteros@concordiaabogados.com

[1] Cfr. A/65/17, paragraph 259 (a).

[2] As background to this proposal, cfr. A/CN.9/WG.V/XXXVII/CRP.3 presented by the International Association of Lawyers (UIA), contained in document A/CN.9/686; also A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6 presented by the International Bar Association (IBA).

[3] Cfr. A/68/17, paragraph 297; also A/CN.9/774.

[4] Cfr. A/CN.9/WG.V/WP.112 and A/CN.9/766, in the final form adopted in the UNCITRAL report of the 46th session (A/68/17, paragraph 197).

[5] Cfr. A/65/17, paragraph 259 (a), document based on A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, paragraph 8, presented by the United States.



Droits de l'Homme et de la Défense
Human Rights and Protection of Lawyers
Derechos Humanos y de la Defensa



La complémentarité comme le meilleur soutien à la Cour pénale internationale

Julie GOFFIN

Alors que la question de la saisine de la Cour pénale internationale (CPI) est évoquée à chaque fois que surviennent des événements dramatiques provoquant des massacres de populations, il est important de rappeler que la poursuite des crimes internationaux les plus graves relève de la responsabilité première de l'État du lieu des faits (compétence territoriale) et de celui de la nationalité de l'auteur du ou des crimes(s) – (compétence personnelle active). La compétence universelle et celle de la Cour pénale internationale sont des compléments à ces compétences « premières »; elles ne doivent pas être envisagées comme pouvant les supplanter.

L'exercice d'une compétence territoriale en particulier peut se révéler un élément déterminant dans le renforcement d'une démocratie ou l'imposition de l'État de droit.

Le principe de la complémentarité n'est toutefois clairement établi que pour la Cour pénale internationale, pas pour la compétence universelle[1].

L'article 17 du Statut de Rome établit au titre des conditions de recevabilité qu'une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsqu'elle fait ou a fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites (article 17 (1) (a) et (b) du Statut de Rome).

Cette règle s'applique à tout État qui aurait compétence pour poursuivre les crimes concernés.

Elle explique sans aucun doute le fait que plus de 120 États ont ratifié le Statut et accepté la compétence de la Cour.

Le principe de complémentarité (y compris via la « complémentarité active ») fait partie intégrante de la politique de poursuite du Bureau du Procureur de la CPI (Bureau).

Le critère de complémentarité appliqué par le Bureau consiste à vérifier l'existence de procédures nationales véritables et s'exerce en lien avec sa politique visant à se concentrer sur les personnes qui semblent porter la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus graves[2].

Les différentes chambres de la CPI, y compris la Chambre d'appel, ont eu l'occasion de rappeler à de nombreuses reprises les critères d'application de l'article 17(1) (a)[3]. Le test d'admissibilité s'effectue en deux étapes. La première question est de savoir (i) si au moment de la contestation de recevabilité devant la CPI, il existe une enquête ou des poursuites en cours au niveau national, et, en cas de réponse positive, (ii) s'il est démontré que l'État qui enquête ou poursuit n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites.

La décision relative à la recevabilité dépendra donc de l'examen successif de ces deux questions.

En procédant dans le cours de ses enquêtes à l'examen de la recevabilité conformément aux critères établis par les différentes chambres de la CPI, le Bureau précise qu'il n'entend pas porter un jugement de valeur sur l'ensemble de l'appareil judiciaire national en question mais tirer les conséquences de l'absence d'une procédure nationale, ou de l'inaction de la part d'un État. Cet examen doit se fonder sur les éléments concrets constatés au moment où le Bureau présente une demande de délivrance de mandat d'arrêt ou de citation à comparaître. Comme l'ont confirmé les chambres, l'évaluation de la complémentarité passe tout d'abord par la question empirique de savoir si des enquêtes ou des poursuites pertinentes sont ou ont été menées à l'échelle nationale. Lorsqu'aucune enquête ou poursuite n'a été menée dans le cadre d'un système judiciaire en état de fonctionner, c'est l'absence de procédure pertinente qui est le facteur déterminant.

Conformément à la jurisprudence de la Cour cette évaluation ne peut, par ailleurs, se faire sur la base d'hypothétiques procédures nationales qui pourraient ou non être engagées à l'avenir.

La situation au Darfour est, à cet égard, régulièrement citée par le Bureau comme l'exemple type, du fait de l'absence totale de procédure relative aux crimes commis dans la région malgré l'existence de cours spéciales prétendument mises en place pour juger ces crimes.

Dans l'hypothèse où des enquêtes ou des poursuites sont ou ont été menées au niveau national, se pose alors la question du manque de volonté ou de capacité éventuel; il appartiendra au Bureau de déterminer si les procédures en question sont entachées de nullité du fait du manque de volonté ou de l'incapacité à les mener véritablement à bien.

Une multitude de critères étroitement liés à la situation traitée entrent alors en jeu:

- l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de l'appareil judiciaire de l'État, le rendant incapable de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure;
- la situation d'insécurité des témoins, des enquêteurs, procureurs ou juges et l'absence de système de protection approprié;
- l'existence de lois (amnistie, immunité, prescription) empêchant les poursuites ou visant spécifiquement à protéger certaines catégories d'accusés et toute autre intention de soustraire la ou les personnes concernées à leur responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour.
- l'indication d'une implication de l'appareil d'État, « y compris les personnes chargées de faire respecter les lois et l'ordre public, dans

la commission des crimes allégués, le degré d'incidence de la nomination et de la révocation d'enquêteurs, de membres du parquet et de juges sur la régularité de la procédure, le fait que les auteurs présumés des crimes bénéficient d'immunités et de privilèges en matière judiciaire, l'ingérence politique dans l'enquête, les poursuites et le procès ainsi que la corruption des enquêteurs, des membres du parquet et des juges »[4].

- l'existence de retards dans la procédure qui témoigneraient d'un manque de volonté de traduire en justice le (ou les) intéressé(s).

Dans ses rapports relatifs aux examens préliminaires, le Bureau se prononce à cet égard sur son analyse de la situation en Colombie, insistant sur le fait qu'à la différence d'autres situations dont il a été saisi (RDC et Ouganda), il a constaté l'existence de poursuites nationales relatives aux crimes relevant de la compétence de la Cour.

Il indique procéder actuellement à l'examen du champ et du caractère véritable des enquêtes et des poursuites, notamment à l'encontre de chefs paramilitaires, de représentants politiques, de chefs de guérilla et de membres des forces armées[5].

Il est important de préciser que la recevabilité d'une affaire devant la CPI est sujette à changement en fonction de l'activité de l'État en termes d'enquête et de poursuite. Même lorsqu'une affaire aurait été déclarée irrecevable par une chambre (préliminaire ou de première instance) de la Cour, l'article 19 (10) du Statut donne au Procureur la possibilité de saisir à nouveau la Chambre « s'il est certain que des faits nouvellement apparus infirment les raisons pour lesquelles l'affaire avait été jugée irrecevable en vertu de l'article 17 ».

La situation factuelle sur base de laquelle la recevabilité d'une affaire devant la Cour est établie n'est donc pas statique mais mouvante[6].

C'est également en tenant compte de cet état de fait que le Bureau a développé le concept de « complémentarité positive » par laquelle il entend, à toutes les phases de l'examen préliminaire qu'il mène, encourager le (ou les) État(s) concerné(s) à mener des enquêtes et des poursuites nationales véritables. Il s'efforce lorsque cela est possible de coopérer alors avec l'État en question de lui prêter assistance, en application de l'article 93-10 du Statut.

« Dans certaines circonstances, le Bureau et l'État concerné peuvent convenir que des procédures devant la CPI constituent la solution la plus efficace pour défendre les objectifs du Préambule et, partant, décider d'un « partage des tâches » dans lequel la Cour poursuivrait les personnes portant la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus graves »[7].

Au Kenya, le Procureur continue d'appuyer l'ouverture de poursuites nationales en parallèle des procès qui se tiennent actuellement devant la CPI à l'encontre des Président et vice-Président kenyans[8].

Elle interagit également avec les autorités guinéennes sur une base régulière et déclare à ce stade qu'elle entend toujours encourager les procédures judiciaires à l'échelle nationale[9].

L'avenir de la Cour ne peut se concevoir que dans le développement d'une politique toujours plus avancée de soutien à la complémentarité impliquant l'ensemble des organes de la Cour.

Pour les acteurs de la justice – y compris internationale – que sont les avocats, toute réflexion sur la poursuite des crimes les plus graves du droit international doit se faire dans la perspective de la complémentarité ; elle doit devenir un réflexe dès qu'il est question de s'interroger sur les moyens de juger les auteurs de ces crimes et conduire au soutien à la mise en place des instruments légaux nécessaires à la poursuite devant les juridictions nationales.

La situation factuelle sur base de laquelle la recevabilité d'une affaire devant la Cour est établie n'est donc pas statique mais mouvante.

Julie GOFFIN
Coordinateur Droits de l'Homme et Défense de la Défense
Bruxelles, Belgique
j.goffin@avocat.be

1 Voir à ce sujet « The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes », Jo Stigen, *in Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, 2010, Torkel Opsahl Academic EPublisher.

2 Voir le Document de politique générale relatif aux examens préliminaires – PROJET, octobre 2010, www.icc-cpi.int.

3 Voir not. Chambre d'appel, situation en République du Kenya, *affaire le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohamed Hussein Ali*, arrêt relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement Kenyan en vertu de l'article 19-2-b du Statut rendue par la Chambre préliminaire II, le 30 mai 2011, ICC-01/09-02/11-274-tFRA ; Chambre préliminaire I, situation en Libye, *affaire le Procureur c. Saif Al-Islam Kadafhi et Abdullah Al-Senussi*, 31 mai 2013, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11-344-Red ; Chambre préliminaire I, situation en Libye, *affaire le Procureur c. Saif Al-Islam Kadafhi et Abdullah Al-Senussi*, 11 octobre 2013, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red.

4 Document de politique générale relatif aux examens préliminaires – projet, octobre 2010, § 61.

5 Notons que la situation colombienne fait l'objet d'un examen préliminaire par le Bureau du Procureur depuis 10 ans et que les motifs ayant justifié l'absence de saisine de la Cour par le Procureur jusqu'à ce jour sont hautement discutables, voir contestables.

6 Voir not. Chambre d'appel, situation en République démocratique du Congo, *affaire le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, 25 septembre 2009, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II, le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, § 56.

7 Document de politique générale relatif aux examens préliminaires – projet, octobre 2010, § 95.

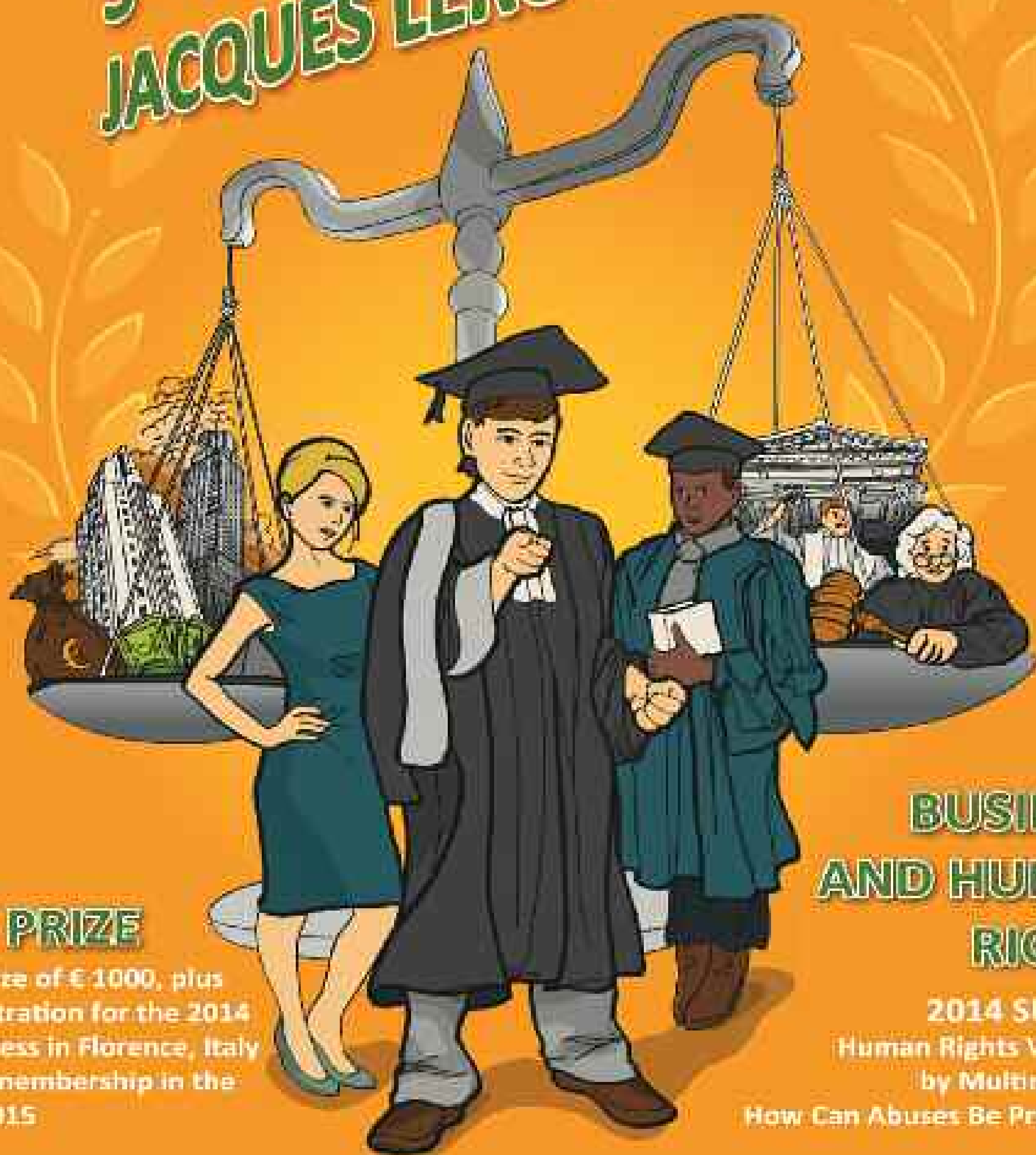
8 Alors qu'à l'initiative du Kenya, la compétence de la Cour a fait l'objet de vives contestations par un certain nombre d'États africains, notamment dans l'enceinte de l'Union africaine, il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'au Kenya précisément, conformément aux propositions de Kofi Annan, Président du Panel d'éminentes personnalités africaines de l'Union africaine, le Bureau avait dans un premier temps cherché à mettre en avant la responsabilité qui incombait en premier lieu aux autorités nationales d'engager des procédures véritables. Des consultations entre le Procureur de la CPI et ses interlocuteurs kenyans avaient permis de fixer un calendrier pour que les autorités kenyanes engagent des procédures véritables, ou qu'à défaut la CPI intervienne. Ce n'est qu'après avoir constaté l'échec des efforts déployés à l'échelle nationale pour engager graves, que le Bureau a sollicité l'autorisation d'ouvrir une enquête devant la Chambre des poursuites à l'encontre des personnes qui portent la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus préliminaire.

9 Voir not. Déclaration du Procureur de la CPI, Fatou Bensouda, à l'occasion des élections du 28 Septembre 2013 en Guinée, http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/Pages/statement-OTP-27-09-2013.aspx.

UIA
Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

STUDENT COMPETITION

5th INTERNATIONAL JACQUES LEROY PRIZE



2014 PRIZE

A cash prize of € 1000, plus free registration for the 2014 UIA congress in Florence, Italy and free membership in the UIA for 2015

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

2014 SUBJECT:
Human Rights Violations by Multinationals: How Can Abuses Be Prevented?

THE JACQUES LEROY INTERNATIONAL PRIZE

For more information, contact the UIA on +33 1 44 88 55 66 or go to www.uianet.org.

COMPETITION RULES 2014

FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte

La Fundación Profesor Uría convoca el I Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte, con el objeto de apoyar e incentivar los estudios jurídicos innovadores y de calidad sobre el mundo del arte.

El Premio se convoca asimismo para honrar la memoria del prestigioso abogado y mecenas del arte, Rodrigo Uría Meruéndano, Presidente del Patronato del Museo del Prado (2004-2007) y primer Presidente de la Fundación Profesor Uría.

La cuantía del Premio es de 25.000 euros. El plazo de presentación de los artículos finaliza el 31 de octubre de 2014.

El Jurado estará presidido por D. Daniel Proença de Carvalho y estará compuesto, además, por Dña. Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrústegui Gil-Delgado, D. Juan Cadarso Palau y D. Juan E. Cambiaso. Actuará como Secretario D. Agustín González García.

Las bases de la convocatoria pueden consultarse en la web de la Fundación: www.fundacionprofesoruria.org

Con la colaboración de ARTE GLOBAL



Turquía da un paso más para el control de la Red

Victor ROSELLÓ MALLOL

La polémica reforma de la Ley nº 5651, llevada a cabo el mes de enero de este año 2014 por parte del Parlamento turco, ha puesto de relieve, una vez más, la hiperactividad del Gobierno de Recep Tayyip Erdoğan en su poca disimulada intención de aumentar, si cabe, sus capacidades para llevar a cabo un control efectivo de lo que sucede en Internet.

La legislación reformada, aprobada en mayo de 2007 y vigente desde noviembre de ese año, incrementa de forma sustancial los mecanismos administrativos, en algunos casos sin intervención judicial previa, para ordenar el bloqueo de ciertas páginas o contenidos en Internet, así como las obligaciones de los proveedores de alojamiento y servicio en relación al deber de retención de los datos de tráfico y la posibilidad de que las autoridades administrativas, accedan a los mismos, sin unas normas claras que permitan dar seguridad jurídica a los usuarios. Estas medidas, que ocasionaron inmediatas protestas en la calle y las críticas de organismos internacionales, ponen en tela de juicio el respeto de los derechos humanos en un país como Turquía, que oficialmente, está haciendo esfuerzos para seguir su camino de integración hacia la Unión Europea. Así, Turquía, pleno miembro del Consejo de Europa desde el 9 de agosto de 1949, ratificó en 1954 el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en su artículo 10, consagra el derecho a la libertad de expresión, sin la injerencia de los poderes públicos y con unas condiciones que cualquier legislación que pretenda limitar dichos derechos de forma legítima, deberá atender. La propia Constitución turca (art. 26), reconoce el derecho a la libertad de expresión así como los requerimientos para que pueda ser limitado. La actividad legislativa de Turquía, en su afán por controlar los contenidos en Internet, que han tenido un nuevo ejemplo en esta reciente modificación, hace necesario un planteamiento en relación a si estas medidas atienden, no sólo a los tratados internacionales de los que Turquía es parte, sino a su propia norma suprema.

La voluntad de Turquía para controlar lo que sucede en Internet e impedir el acceso a aquello que no es de su agrado, se pone de relieve en las estadísticas que anualmente publican los distintos proveedores de Internet en las que informan de las peticiones recibidas por parte de los países para bloquear o retirar ciertos contenidos. En el caso de Google y durante el primer semestre de 2013, el número de elementos de los que solicitó la retirada por parte de órganos judiciales fue de 9610, más de un 50% del total de las peticiones, las solicitudes de retirada por órganos no judiciales, también superaba el 50% del total de peticiones recibidas. El reciente anuncio del desarrollo de un buscador promocionado por el Estado turco, que reflejara las "sensibilidades turcas", así como las recientes noticias de principios del mes de marzo de 2014 sobre la posibilidad de prohibir Facebook o Twitter en Turquía, no ayudan a disminuir las suspicacias en relación al deseo de control de lo que sucede en la Red.

La Ley nº 5651, ahora reformada, incluyó la posibilidad de bloquear el acceso a páginas web (o a contenidos de las mismas), siempre que se tuviera una "sospecha suficiente", concepto no desarrollado, de que se estaba cometiendo en ellas alguno de los siguientes crímenes: incitación al suicidio, explotación sexual o abuso de menores, facilitar el uso de drogas, promover sustancias peligrosas para la salud, obscenidad, promoción del juego o crímenes contra Atatürk. A pesar de esta lista cerrada de crímenes, lo cierto es que a la práctica, no resultan muy claros los criterios ni circunstancias bajo las cuales se ejecutan órdenes de bloqueo de contenidos y éstas son, en muchos casos, implementadas para evitar las legítimas críticas políticas que se vierten sobre el Gobierno. No resulta por lo tanto de extrañar que la propia Ley nº 5651 fuese evaluada por la Corte Europea de Derechos Humanos, en Diciembre de 2012 *(Ahmet Yildirim contra Turquía)*. A la luz del ya mencionado artículo 10 del Convenio y en relación al bloqueo de Google Sites, el Tribunal de Estrasburgo consideró este bloqueo contrario al derecho a la libertad de expresión, puesto que cualquier límite al citado derecho debe estar sujeto a un marco legislativo claro y a la revisión judicial, cosa que no sucedía en el caso analizado. A pesar de esta sentencia desfavorable, a fecha de hoy, Google Sites sigue bloqueado en Turquía.

Sentencias como la citada, no han evitado que Turquía siga avanzando en su deseo de control de la Red y es en este marco, en el que debe encuadrarse la reciente modificación legislativa que incluye medidas como las indicadas a continuación y que vienen a añadirse a las ya vigentes:

- La notificación sobre contenidos prohibidos, puede realizarse por email o teléfono al organismo encargado del bloqueo de los mismos: la Presidencia de Comunicaciones y Telecomunicaciones (TIB). Esta circunstancia origina que los contenidos sean bloqueados sin que el interesado (titular de las web que los aloja), sea siquiera consciente de esta circunstancia.
- Aumenta hasta los 2 años el período en que los proveedores de alojamiento deberán retener los datos de tráfico, siendo posible

> Lo cierto es, que en relación a la enorme cantidad de páginas bloqueadas de las que se tiene información oficial, pocas de ellas han sido reactivadas y esta situación se ha convertido en permanente.

que la TIB acceda a ellos, sin una orden judicial. Se prevén multas de hasta 32.000 € en caso de incumplimiento.

- Obligación de los proveedores de acceso a bloquear los contenidos indicados por la TIB o un juez, previéndose multas de hasta 16.000 € en caso de no atender dichas solicitudes.

- Los proveedores de acceso deberán necesariamente integrarse en una asociación, a la que se dirigirán las órdenes anteriores; la no solicitud de ingreso en dicha asociación, podrá implicar la pérdida de la licencia para prestar el servicio en Turquía.

- Los cafés de Internet serán responsables de mantener un registro de accesos y de las comunicaciones, así como de bloquear contenido ilegal, bajo amenazas de sanción de hasta 48.000 €. No debe menospreciarse que recientes estadísticas indican que entre el 15 y 20% de los más de 36 millones de usuarios turcos, utilizaban Internet desde cibercafés.

El artículo 10 del CEDH, como ya se ha citado, recoge la libertad de expresión que es entendida como libertad de exponer libremente opiniones no solamente políticas, sino también en relación a expresiones culturales y de mero entretenimiento (Sentencia *Khurshid Mustafa y Tarzibachi contra Suecia*, 18 de diciembre de 2008); la Corte europea, en relación a un caso con Turquía como Estado denunciado, también dictaminó que el público turco tenía el *"derecho de estar informado desde diferentes perspectivas en relación a la situación del sureste turco, por muy desagradable que pudiera ser para las autoridades"* (*Özgür Gündem contra Turquía,* 16 de marzo de 2000). Ante esta configuración del derecho a la libertad de expresión, resulta indudable que las medidas sobre las que sigue profundizando la Ley nº 5651, a través de las que puede bloquearse contenido (también opiniones) de la Red, deben ser analizadas desde los estándares internacionales de limitación de los derechos fundamentales, que no son otros que el principio de proporcionalidad y el de legalidad.

De acuerdo al principio de proporcionalidad la medida que recorta un derecho fundamental (1) debe ser efectiva (2) ser la menos restrictiva entre las opciones posibles y (3) ser proporcional en sentido estricto. Lamentablemente no parece que estos requisitos se cumplan en este supuesto puesto que las medidas de bloqueo de contenidos en Internet, no parecen ser efectivas por ejemplo para los servicios móviles; además las autoridades no valoraron otras medidas disponibles menos intrusivas y por último el sistema técnico de bloqueo hace que en muchas ocasiones no únicamente se limite el acceso al contenido prohibido, sino a toda la página web que lo aloja, lo que atentaría al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Asimismo, cualquier medida que limite un derecho fundamental como el de la libertad de expresión y que de alguna forma atente contra el principio de presunción de inocencia, al retirar contenidos sin dar posibilidad a la parte afectada de oponerse a ello, deberá tener un carácter excepcional y temporal. Lo cierto es, que en relación a la enorme cantidad de páginas bloqueadas de las que se tiene información oficial, pocas de ellas han sido reactivadas y esta situación se ha convertido en permanente. Tampoco podemos obviar, que otro elemento que pone en jaque esta limitación de la libertad de expresión, es la falta de información en relación a las razones que llevan al bloqueo de un determinado contenido, puesto que esta información únicamente es accesible por parte de los abogados, jueces, tribunales y la TIB (entidad que, por otra parte, no facilita estadísticas oficiales de los contenidos bloqueados, desde mayo de 2009). Esta circunstancia, implica que los ciudadanos no sepan a qué atenerse ni a prever la legalidad de sus acciones, hecho que contraviene la propia Constitución turca, que en su artículo 141.3 prevé que *"las decisiones de los tribunales serán por escrito y justificadas"*.

Por último tampoco resulta convincente el argumento de que la limitación del derecho a la libertad de expresión, sea necesario para preservar los valores de una sociedad democrática puesto que el reiterado Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido repetidamente que este derecho no debe observarse únicamente ante ideas e información "inofensiva", sino ante aquellas que puedan resultar ofensivas, chocantes o perturbadoras. Si con todo esto no fuera suficiente el Tribunal, ha considerado también que los límites a este derecho se expanden cuando el objeto de crítica son los Gobiernos. Con esta doctrina el Tribunal pretende dar garantías jurídicas a aquellos que, amparándose en la libertad de expresión, vierten críticas contra un Gobierno, con la legítima intención de poner de relieve sus contradicciones e incumplimientos ante quien quiera escuchar. No resulta gratuito en este sentido, recordar que Turquía encabeza la triste lista de países con más periodistas encarcelados, por delante de China e Irán.

En conclusión, este paso hacia delante que Turquía ha tomado para un mayor control de la Red, con la intención de controlar la libre circulación de las ideas, no debería ser pasado por alto por las instituciones comunitarias y la comunidad internacional. Las medidas propuestas, no solamente tienen un efecto negativo sobre la libre expresión de las ideas y opiniones a través de un medio utilizado por millones de ciudadanos turcos, sino que además, el incremento de las capacidades de la administración para retener y analizar datos de tráfico, resultan un atentado evidente contra su privacidad y secreto de las comunicaciones.

Victor ROSELLÓ MALLOL
Esfera Legal
Barcelona, España
vrosello@esferalegal.cat



Retour sur le 25e Concours de Plaidoiries d'Avocats du Mémorial de Caen

Romina BOSSA ABIVEN

Des cas qui révoltent, d'autres qui attristent, d'autres encore qui dérangent, des cas qui illustrent, en somme, les causes pour lesquelles se battent les défenseurs des droits de l'homme de toute la planète, ont été défendus lors de la finale du 25e Concours de Plaidoiries d'Avocats du Mémorial de Caen qui a eu lieu le 2 février 2014.

Depuis 1989, le concours donne l'occasion à des avocats venus des cinq continents de se prêter avec passion et courage à cet exercice de style, mettant à l'épreuve leur talent d'orateurs devant un public aussi enthousiaste qu'exigeant.

Pour cette édition, le jury, composé notamment par des journalistes et des avocats, a été présidé par Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre française de la Justice, venue écouter, selon ses termes : *« des voix qui sont chargées des mots, des mots qui sont les armes de ceux qui savent que le droit est le rempart contre les injustices ».*

C'était la première fois qu'un ministre de la Justice français en exercice présidait le concours.

L'UIA, partenaire du concours depuis de nombreuses années, était représentée par Me Maxime Delhomme, Codirecteur du Projet État de Droit, pour soutenir ce bel événement et récompenser les finalistes *« au nom des avocats des 120 pays membres de l'association ».*

C'est justement la cause des avocats qui fut abordée par la première plaidoirie, remarquablement présentée par Me Arci Éric Djélardjé. En dénonçant l'assassinat de Me Chokri Belaïd, avocat et homme politique tunisien, mort par la même violence politique qu'il combattait, Me Djélardjé a dénoncé tous les meurtres d'avocats, *« défenseurs par excellence des droits humains »,* qui entendent *« faire taire définitivement [les] défenseurs, et au-delà, assassiner la défense elle-même ».*

Un avocat vietnamien, ensuite, a été au cœur de la plaidoirie de Me Alexandra Dumitresco : Lê Quôc Quân, défenseur des droits de l'homme, emprisonné depuis plus d'un an à Hanoi. Harcelé par les autorités vietnamiennes, radié pour suspicion « d'activités visant à renverser le régime », il est comparé par Me Dumitresco à Prométhée pour son courage. En effet, il a continué, malgré tout, ses activités de défense, notamment par le biais d'un blog, jusqu'à sa détention en 2012.

Les nouvelles technologies, qui servent aux défenseurs, sont aussi la source de nouvelles violations des droits, et notamment du droit à l'honneur et à la vie privée. Ce fut le sujet de la plaidoirie de Me Federico Didier qui dénonça les épreuves traversées par une femme qui a vu des contenus illicites publiés sur un blog à son nom dont l'administrateur, niant toute responsabilité, refusait systématiquement d'en éliminer le contenu.

Me Florent Fache a pris, quant à lui, la défense de Xia Jungeng, un marchand de rue chinois qui, bien qu'ayant invoqué maintes fois la légitime défense, a été condamné à mort pour avoir tué deux fonctionnaires. Me Fache a dénoncé la cruauté de la peine capitale particulièrement dans un pays où des milliers de ressortissants chinois sont exécutés chaque année, appliquant une justice implacable envers les pauvres et plus douce à l'égard des riches.

Il était aussi question de procès équitable dans la plaidoirie de Me Dieudonné Willy, venu interpeller la Cour africaine des droits de l'homme au sujet des dures conditions de détention de Saïf Al Islam Kadhafi, fils de l'ex-dictateur libyen. Assumant « plus que jamais son rôle d'avocat », Me Willy a posé une question cruciale : *« est-ce qu'un homme reste un homme en dépit des maux qui lui sont ou seront reprochés ? »*

Une mention spéciale pour Me Cavit Yurt, applaudi debout par un public conquis par sa plaidoirie percutante contre l'assassinat du rappeur antifasciste grec Pavlos Fyssas par un militant du parti néonazi Aube dorée. Il a appelé le jury et l'assistance à « débarquer encore » et à redoubler de vigilance face à la montée de l'intolérance, du racisme et de la haine de l'autre, trop souvent banalisés. Il a mis également en garde l'État de droit et l'a exhorté à se défendre car « des urnes peuvent surgir des monstres ». Sa plaidoirie, passionnante et avec une parfaite maîtrise des mots, a remporté le deuxième prix ainsi que le prix du public.

La cause des enfants a aussi été présente au Mémorial. Dans une émouvante plaidoirie, Me Daniela Bianchi a retracé le quotidien du petit Alessandro, âgé de 18 mois, qui, comme une cinquantaine d'enfants de moins de 3 ans en Italie, vit avec sa mère en prison, soumis aux mêmes conditions que les adultes. Elle a souligné le manque d'espace, les tensions entre détenues et la privation d'interactions sociales qui risquent d'avoir des conséquences irréversibles sur le développement de ces enfants.

Enfin, un concert des voix s'est levé pour dénoncer les histoires des femmes et des filles qui sont aujourd'hui victimes de leur propre condition.

Ainsi, celle de Me Alvaro Mateo Alonso qui a dénoncé le cas de Sarah, une jeune fille copte de quatorze ans enlevée, mariée de force et convertie à l'Islam contre sa volonté. Il a appelé l'Égypte à lutter contre ces crimes, trop souvent impunis, qui poussent beaucoup de Coptes à l'exil.

Me Inés Revuelta Molino a, quant à elle, parlé au nom d'Odion, une Nigérienne qui, dans l'espoir d'une vie meilleure, s'est retrouvée à Paris à se prostituer, victime de la traite des femmes. Après des années de violences, de silence et de terreur, elle, comme tant d'autres femmes, a remboursé sa dette sans avoir pu récupérer sa liberté pour autant.

C'est aussi l'histoire d'une femme qui a obtenu le prix de la meilleure plaidoirie. Me Yasmine Attia a convaincu le jury avec la force de ses propos mettant en garde contre une forme de *jihad* au féminin, connue comme *« Jihad el nikah »* ou la prostitution au service de Dieu. Inès, une jeune fille tunisienne, en serait victime. Invoquant un par un les instruments internationaux ratifiés par la Tunisie, elle a exhorté les autorités tunisiennes à agir contre ce fléau et a mis en garde contre l'avancée d'« un Islam nécrosé ». Ce dernier serait aujourd'hui très présent notamment dans des écoles, où la mixité est interdite et où l'on apprend aux petites filles *« à dessiner et colorier des personnages sans yeux, sans nez et sans bouche »* et où on enseigne des chants religieux *« mais sans musique et sans percussions, parce que c'est interdit par Allah… ».*

Rendez-vous en 2015, au Mémorial de Caen, ce lieu chargé de symboles, où résonneront encore des voix dans toutes les langues qui plaideront la cause des droits de l'homme.

Romina BOSSA ABIVEN
Assistante Projets Droits de l'Homme et Indépendance de la Profession de l'UIA
Paris, France
rbossa@uianet.org



On lui avait promis le paradis, elle se retrouva en enfer.

C'est la terrible histoire d'Inès, une élève de 15 ans, qui a commis le péché d'avoir des relations sexuelles hors mariage. Suite à des échecs amoureux, la jeune fille a perdu le goût de la vie et a trouvé refuge dans les mosquées où elle rencontra un salafiste qui a réussi à l'endoctriner et la convaincre de partir pour le *jihad* en Syrie dont l'objectif était de « se repentir de ses péchés devant Dieu ». Avant de partir, Inès accepta de l'épouser et aussitôt arrivée en Syrie, son mari lui imposa le port du *niqab*, puis la répudia. Le mariage qu'a célébré Inès est un mariage dit coutumier, une sorte de mariage CDD[1] qui peut ne durer que quelques minutes ou quelques heures prenant fin, en général, aussitôt consommé. La femme se donne après à un autre ou à d'autres partenaires suivant un rituel religieux. « 152 partenaires » murmure Inès, c'est le nombre de conjoints qu'elle a connus en six mois, en décidant de briser le silence sur sa douloureuse expérience. « Chaque semaine, nous contractions au minimum cinq nouvelles unions ».

Dès son arrivée à Damas, elle fut confiée malgré elle à un Cheikh, membre de Jabhat Al Nosra, de l'Armée libre syrienne ; et il lui a été proposé de se soumettre au mariage en s'offrant aux pauvres soldats sur le front pour les soulager et leur redonner des forces afin qu'ils puissent vaincre l'ennemi. Après tout, les salafistes jihadistes ne sont-ils pas en train de se battre pour sauver leurs frères musulmans en Syrie, même si c'est en tuant d'autres Musulmans, hommes, femmes et enfants ? Pourquoi ne rendrait-elle pas service elle aussi en se sacrifiant pour la cause sainte ?

Après avoir rendu de « bon et loyaux services » aux rebelles, et dès les premiers signes de grossesse, la jeune adolescente a été renvoyée en Tunisie où elle fut interpellée par la police des frontières dès son arrivée à l'aéroport de Tunis-Carthage, puis relâchée. La descente aux enfers est pourtant loin d'être terminée, puisque Inès a non seulement été reniée par sa famille, mais les médecins lui ont diagnostiqué le virus du sida ainsi qu'une hémorragie interne et un déchirement de l'utérus.

N'ayant trouvé personne pour l'héberger et d'endroit pour dormir, aujourd'hui Inès n'a trouvé pour seul refuge que la cage d'escalier d'un immeuble délabré, situé à l'avenue qui porte curieusement le nom de Bourguiba, leader nationaliste connu dans le monde comme étant le libérateur de la femme tunisienne.

Atteinte d'une maladie incurable, torturée, humiliée, violée, enceinte et sans ressources tels sont les dégâts de ce *jihad* féminin au nom de l'Islam qui frappe la Tunisie post révolutionnaire.

Apparue depuis bientôt deux ans, cette prostitution au nom d'Allah ou encore connue sous l'appellation *« Jihad el nikah »* touche d'une manière inexpliquée particulièrement les Tunisiennes qui se rendent en Syrie caressant

Le *Jihad* au féminin

2014
MÉMORIAL DE CAEN
PLAIDOIRIE GAGNANTE

Yasmine ATTIA

l'espoir d'une vie meilleure, loin de la pauvreté et des déboires amoureux avec la certitude d'obtenir l'absolution de leurs péchés, d'accéder au paradis et, pour les plus assidues d'entre elles, le septième ciel. En contrepartie de ce billet pour le paradis, cette forme nouvelle de *jihad* invite les filles ou les femmes à assouvir les besoins sexuels des combattants islamistes plongés dans la guerre sainte. Elles croient naïvement en se rendant auprès des jihadistes « se marier pour la bonne cause ».

Mais Inès n'est pas la seule. Toutes les catégories de femmes sont des candidates potentielles à ce genre de pratique. Mineures, notamment des fillettes de 13 ans, adultes, femmes mariées ou divorcées, veuves, aucune d'entre elles n'est à l'abri. Certaines se font même accompagner par leurs époux ou par leur frère pour s'assurer qu'elles feront leur devoir correctement! À partir de ce constat, il est évident que toutes les possibilités d'enrôlement dans ce réseau de prostitution existent: endoctrinement, enlèvement, ou encore la vente. Ces esclaves sexuelles ou encore appelées de manière plus ironique ces djihadettes, sont en général issues pour la plupart de milieux défavorisés, fragiles, crédules, sans instruction, donc vulnérables sur le plan social et culturel, et représentent par conséquent des proies faciles.

Pourtant, implicitement consentantes, ces filles risquent d'être poursuivies pour terrorisme en Tunisie, et peuvent être condamnées à l'emprisonnement à vie conformément à la loi du 10 décembre 2003 relative « au soutien des efforts internationaux de lutte contre le terrorisme et à la répression du blanchiment d'argent » qui nous livre une définition très large du terrorisme et de l'incitation au terrorisme. Ceci n'est pas une simple hypothèse d'école. En effet, le mardi 27 août 2013, l'unité anti-terrorisme tunisienne a arrêté trois femmes portant le *niqab* ayant une relation avec les terroristes du Jebbel Chaambi à Kasserine, une ville située au centre ouest de la Tunisie. Les femmes ont été arrêtées et accusées d'apporter une aide logistique à des groupes terroristes et de pratiquer le *jihad* du *« nikah »*.

Alors, ces filles sont-elles des victimes ou des complices?

Mesdames et messieurs, vous ne pouvez condamner ces femmes pour leurs actes et je vais vous le prouver à travers ce plaidoyer. D'abord, ces femmes ne peuvent être que des victimes car cette forme de prostitution dite *« halal »* dont on parle aujourd'hui est l'exacte réplique de « la traite des personnes » qu'on couvre d'un « voile » religieux pour lui imputer une sorte de légitimation ou encore, pour rester dans le champs lexical de notre sujet, une sorte de bénédiction. Cette prostitution « jihadiste » est vulgaire, sauvage, non contrôlée et incontrôlable avec ses résultats désastreux pour la personne et pour la société.

Ces laissées-pour-compte retourneront toutes, si le retour leur est possible, abusées, désabusées, violées, torturées et humiliées. Beaucoup d'entre elles, comme Inès, rentreront enceintes et sans ressources.

« Pour ces filles, c'est trop tard, elles ne s'en remettront pas, rejetées par la société, elles iront vers la délinquance et la toxicomanie », affirme un psychiatre sexologue.

Mais qui est à l'origine de ce mal? D'où provient cette expression *« Jihad el nikah »* ce néologisme jusque-là inconnu du monde arabo-musulman?

Le terme *nikah* dans son sens littéral veut dire accouplement, copulation. Le mot *jihad* signifie implication / militantisme / guerre, *Jihad el nikah* ne signifie rien d'autre que l'acte sexuel relève du militantisme, d'un effort et d'une implication certaine. Or, cette expression est inconnue dans toute la littérature arabo-musulmane depuis quinze siècles. Aucun, mais aucun exégète de l'Islam, tunisien ou autre, n'a donné ouvertement crédit à ce type de débauche dite *halal*. Inventé par les wahabites, la pratique aurait été avalisée par une *fatwa* attribuée au célèbre prédicateur saoudien Mohamed al-Arifi, qui aurait encouragé, et je cite: *« les Musulmanes âgées d'au moins 14 ans, veuves ou répudiées »,* à participer à la guerre sainte en s'offrant aux combattants par le biais de mariages temporaires. En compensation, elles s'assureraient une place au paradis.

Oui, Mesdames et Messieurs, même les fillettes ne sont pas épargnées, car c'est bien par la domestication des plus vulnérables (la femme et l'enfance) que commence le totalitarisme vert. Désormais, les crèches et les écoles laïques et républicaines dont la naissance remonte à l'aube de l'indépendance ont cédé la place aux écoles coraniques où les animatrices portent toutes le *niqab* et, outre l'Islam nécrosé dont elles gavent leurs jeunes victimes, elles incitent les petites filles à porter le voile et leur apprennent à dessiner et à colorier *« des personnages sans yeux, sans nez et sans bouche »,* car la représentation de visages est interdite dans la doctrine wahhabite. On leur apprend aussi des chants religieux, mais sans musique et sans percussions, parce que c'est interdit par Allah, la mixité est évidemment interdite, sans doute pour éviter l'accouplement des enfants!

La prostitution au service de Dieu est une forme de traite des personnes, j'appelle par conséquent à l'application du protocole de Palerme, ratifié par la Tunisie en 2000, visant à réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

C'est pourquoi j'ai décidé aujourd'hui, devant vous, Mesdames et Messieurs, d'attirer votre attention sur une tragédie qui semble se jouer à huis clos. Le gouvernement actuel n'a pris aucune mesure pour désamorcer une véritable bombe à retardement. La prolifération des écoles et crèches coraniques, ainsi que l'augmentation du taux de déscolarisation – car en Tunisie on ne parle pas de scolarisation mais bien de déscolarisation – s'élevant à 100 000 élèves par an, le dénigrement et l'avilissement de la femme qui n'est qu'un butin de guerre, une esclave, propriété de son maître, semble désormais être un acquis de la révolution du jasmin. Épiphénomène a déclaré le Ministre de l'Intérieur à l'Assemblée Nationale Constituante en déclarant que : *« Ce n'est pas un fléau. Il y a seulement quelques cas isolés, et tous les pays arabes sont touchés. »*

Épiphénomène ?

Cette pratique constitue surtout une atteinte au droit à la vie, à la liberté, la sécurité, à la dignité humaine et à l'intégrité physique des personnes et j'appuie mes propos en me référant à l'article 6 du PIDCP ratifié par la Tunisie en 1968 et à l'article 3 de la DUDH et qui, je cite, stipule : que *« Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne. »*

Je me réfère également à l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui dispose : *« Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toute formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale et les peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdits. »*

J'invoque la Convention internationale sur les droit de l'enfant dont la Tunisie est un État signataire depuis un quart de siècle et qui invite *« les États parties à prendre toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit ».*

Je rappelle, l'article 25 du Code de la Protection de l'Enfant tunisien qui stipule qu'*« est une exploitation sexuelle de l'enfant qu'il soit garçon ou fille, sa soumission à des actes de prostitution soit à titre onéreux soit à titre gratuit, directement ou indirectement ».* En l'espèce, et sur la base de l'article 71 de ce même code, Inès, âgée de 15 ans, est encore aux yeux de la loi une enfant et est par conséquent pénalement et moralement irresponsable.

La prostitution au service de Dieu est une forme de traite des personnes, j'appelle, par conséquent, à l'application du protocole de Palerme, ratifié par la Tunisie en 2000, visant à réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Ces femmes et ces enfants, comme Inès, dont on parle aujourd'hui, ont été recrutés, trompés, parfois enlevés à leurs familles à des fins d'exploitation sexuelle, ce qui selon l'article 5 de ce même protocole devrait être qualifié dans la législation nationale d'infraction pénale.

J'exige le respect des résolutions 1325, 1820 et 1888 du Conseil de sécurité qui traitent de la violence sexuelle faite aux femmes. La résolution 1820 souligne que la violence sexuelle dans les conflits constitue un crime de guerre et exige des parties à un conflit armé qu'elles prennent immédiatement des mesures appropriées pour protéger les civils contre cette violence, Le Conseil charge à travers la résolution 1888 et je cite : *« les missions de maintien de la paix de protéger les femmes et les enfants des violences sexuelles dans les conflits armés et prie le secrétaire général de désigner un représentant spécial chargé de lutter contre elles pendant ces conflits. ».*

J'appelle les Nations Unies à prendre leurs responsabilités pour protéger les femmes tunisiennes contre toute forme de violence en application de la convention CEDAW ainsi que la déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes.

J'accuse ce gouvernement qui, non seulement, a permis par sa passivité la propagation de ce fléau parmi la jeunesse, mais qui plus est, menace de poursuivre les victimes pour terrorisme tel que prévu par la loi, sans inquiéter les véritables commanditaires de cette perversion au nom de la religion.

Je me permets de lui rappeler la Résolution de la Commission des droits de l'homme 1998/3 qui lance un appel aux gouvernements pour qu'ils érigent en infraction pénale la traite des femmes et des petites filles sous toutes ses formes, pour qu'ils condamnent et sanctionnent quiconque y participe, y compris les intermédiaires, en veillant à ce que les victimes ne soient pas pénalisées.

Je leur répondrai enfin en invoquant l'article 3 b) du protocole de Palerme qui stipule que le consentement de la victime est indifférent lorsqu'elle a été abusée, trompée, instrumentalisée ou lorsqu'elle était en situation de vulnérabilité. Ce qui est bien le cas de ces fillettes et de ces femmes qui ont été manipulées par des réseaux mafieux qui, pour des raisons strictement mercantiles, en font le commerce, au nom d'un *jihad* que ni l'Islam, ni l'ordre moral, ni le droit positif, ni le sentiment humain ne cautionnent.

Je vous remercie.

Yasmine ATTIA
Avocate
Tunis, Tunisie

Note de la rédaction
[1] CDD : Contrat à durée déterminée



De gauche à droite : Me Maxime Delhomme, codirecteur projet État de Droit de l'UIA ◆ Me Chloé Grandon, Amnesty International ◆ M. Philippe Duron, député et maire sortant de Caen ◆ Me Yasmine Attia, lauréate du prix du Mémorial ◆ Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la Justice ◆ Me Cavit Yurt, prix du Barreau et prix du Public ◆ Me Laureline Petitjean, Amnesty International

Concours international de plaidoiries pour les droits de l'homme

Mémorial de Caen – 2 février 2014

Président d'honneur du jury 2014:
Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la Justice

L'UIA, représentée par Me Maxime Delhomme, Directeur adjoint du Projet État de droit, a offert à la lauréate une année d'adhésion à l'association ainsi que les frais d'inscription et d'hébergement au congrès de Florence, en Italie, du 29 octobre au 2 novembre 2014.

Les neuf autres finalistes se sont vu offrir une année d'adhésion à l'UIA ainsi que les frais d'inscription à l'un des séminaires de l'année 2014.

Les finalistes

- *Me Chokri Belaïd: la défense assassinée?*
  Me Arci Éric Djélardjé ▸ Abidjan - Côte d'Ivoire
- *Plus jamais d'enfants en prison*
  Me Daniela Bianchi ▸ Rome - Italie
- *Au procès du tyran vaincu*
  Me Dieudonné Willy ▸ Ouagadougou - Burkina Faso
- *Impuissance et impunité en Egypte. Le cas de Sarah*
  Me Alvaro Mateo Alonso ▸ Madrid - Espagne
- *Lê Quôc Quân, ou le courage de Prométhée*
  Me Alexandra Dumitresco ▸ Antony - France
- *Xia Junfeng*
  Me Florent Fache ▸ Lille - France
- *Je vis sans vivre pour moi*
  Me Inés Revuelta Molino ▸ Huelva - Espagne
- *Le droit à l'honneur et au respect de la vie privée sur Internet*
  Me Federico José Didier ▸ Santa Fe - Argentine
- *Débarquer encore. De l'assassinat de Pavlos Fyssas au crépuscule de l'Aube dorée*
  Me Cavit Yurt ▸ Bruxelles - Belgique
- *Le Jihad au féminin*
  Me Yasmine Attia ▸ Tunis - Tunisie

Les lauréats

1er prix: Grand Prix de la Ville de Caen et du Mémorial de Caen
Me Yasmine Attia

2e prix: Prix du Barreau et Prix du Public
Me Cavit Yurt

La finale de la 26e édition du concours se déroulera le 1er février 2015.

Plus d'informations:
www.memorial-plaidoiries.fr







Actualités sur les dossiers défense de la défense traités par la direction des droits de l'homme de l'UIA

Romina BOSSA ABIVEN & Julie GOFFIN

Turquie

Acquittement du Bâtonnier d'Istanbul et de neuf membres du Conseil de l'Ordre

Me Ümit Kocasakal, Bâtonnier du Barreau d'Istanbul, ainsi que neuf autres avocats membres du Conseil de l'Ordre, ont été relaxés à l'issue d'une audience qui a eu lieu le 23 février 2014 à Silivri, à 60 km à l'ouest d'Istanbul.

Ils étaient accusés de « tentative d'influencer le juge » suite à leur intervention lors d'une audience visant à dénoncer les restrictions aux droits de la défense subies par les conseils dans le procès connu en Turquie sous le nom « Balyoz » (Sledgehammer). Ils avaient, en outre, exigé du tribunal le respect de l'honneur de la profession. En effet, les avocats de la défense dans ce dossier avaient auparavant décidé de quitter l'audience en signe de protestation contre les entraves systématiques posées par les magistrats à l'exercice de leur mandat.

Il était par ailleurs reproché à Me Kocasakal d'avoir refusé d'accéder à la demande de la Cour de procéder au remplacement de ces avocats dès lors que ces derniers restaient les seuls choisis par leurs clients et qu'ils n'avaient pas renoncé à leur mandat de représentation.

L'UIA, présente à toutes les audiences aux côtés des confrères turcs, a constamment protesté contre ces poursuites et encouragé ses barreaux membres à se mobiliser.

Mise en liberté provisoire de neuf avocats kurdes

Le 18 mars 2014, neuf avocats[1] qui étaient détenus depuis novembre 2011 ont été libérés par la Cour criminelle d'Istanbul N°1, estimant qu'il n'y avait pas de raisons suffisantes pour les garder en détention préventive.

Cette décision fait suite à la réforme récente en matière pénale visant à supprimer les juridictions d'exceptions ou tribunaux spéciaux, dont celui en charge de ce dossier. Celui-ci a été transféré à un tribunal de droit commun.

Les avocats libérés avaient été arrêtés avec 37 autres au cours d'opérations visant à démanteler l'Union des communautés turques (KCK) accusée d'être la « branche civile » du PKK, lui-même considéré comme un mouvement terroriste par la Turquie et plusieurs autres États. La police avait alors perquisitionné les cabinets de plusieurs avocats, saisissant l'essentiel de leurs documents professionnels.

Les 46 avocats avaient ensuite été placés en détention préventive du fait de leur implication dans la défense d'Abdullah Öcalan, chef du PKK, et accusés d'avoir transmis des informations entre ce dernier et les différents leaders du KCK.

L'UIA s'est fortement mobilisée, envoyant notamment des missions d'observation aux différentes audiences. Aux côtés des autres observateurs, elle a dénoncé les conditions dans lesquelles les avocats sont jugés et saisi le Rapporteur spécial des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats.

Aujourd'hui bien que tous les avocats impliqués dans cette affaire aient été libérés, le procès à leur encontre devrait se poursuivre.

L'UIA continuera de suivre leur situation ainsi que celle de plusieurs autres avocats qui sont aujourd'hui poursuivis en Turquie du fait de leurs activités de défense. Tel est le cas notamment des 22 avocats membres de l'Association des juristes progressistes (ÇHD), accusés de terrorisme et poursuivis notamment pour avoir participé à la Plateforme pour la liberté de la défense constituée en 2012 à l'occasion du procès contre les 46 avocats poursuivis dans le dossier du KCK. Cinq d'entre eux se trouvent toujours en détention préventive[2].

L'UIA suit également la situation de Me Muharrem Erbey, lauréat 2012 du prix Ludovic Trarieux et vice-Président de la section de Diyarbakir de l'association İnsan Hakları Derneği (IHD - Human Rights Association). Arrêté le 24 décembre 2009, en raison de son appartenance à une « organisation illégale », bien que la section qu'il préside soit une association officiellement enregistrée, il demeure depuis en détention préventive et risque entre 6 à 15 années d'emprisonnement.[3]

Burundi

Le 28 janvier 2014, la Cour d'appel de Bujumbura a prononcé la radiation immédiate et exécutoire nonobstant tout recours du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bujumbura, Me Isidore Rufyikiri.

Cette décision fait suite à des poursuites initiées par le Procureur général près la Cour d'appel accusant le Bâtonnier d'avoir tenu des propos « contraires aux règlements, à la sûreté de l'État et à la paix publique », en violation de l'article 11 de la loi sur le statut de la profession d'avocat. Il invoque, d'une part, les termes d'une lettre écrite par Me Rufyikiri au Gouverneur de Bubanza le 24 juillet 2013 dans le cadre de la défense de l'un de ses clients. Il se fonde, d'autre part, sur des propos tenus lors d'une conférence de presse par le Bâtonnier, en cette qualité, et portant critique des réformes

constitutionnelles envisagées par le Président notamment en matière de composition du corps des magistrats du Burundi.

Le 30 octobre 2013, le Procureur général a adressé au Conseil de l'Ordre de Bujumbura une demande de radiation à l'encontre du Bâtonnier, à laquelle il n'avait pas donné suite.

Le Procureur Général a ensuite saisi la Cour d'appel le 17 décembre 2013 et cette dernière a fait fixer l'affaire pour une audience unique le 20 janvier 2014.

Un grand nombre d'avocats burundais ont assisté à l'audience du 20 janvier pour soutenir leur Bâtonnier qui a également bénéficié du soutien d'avocats étrangers. De nombreux observateurs étrangers étaient aussi présents. La Défense a relevé principalement l'absence d'accès au dossier ce qui l'a finalement conduite à quitter la salle d'audience.

L'UIA a protesté fermement contre la radiation tant au vu des motifs ayant justifié les poursuites, que de la façon dont s'est tenue la procédure.

Elle continuera de soutenir l'Ordre des Avocats de Bujumbura et tous les avocats au Burundi dénonçant toute attaque contre la profession et son indépendance, d'autant plus que les actes de harcèlement semblent se poursuivre. Ainsi, selon des informations récentes, le Maire de la ville de Bujumbura aurait pris des mesures policières pour empêcher, à la fois la tenue de l'assemblée générale de l'Ordre des Avocats le 4 février 2014, mais aussi l'organisation d'une session de formation préparée en collaboration avec des confrères du Conseil National des Barreaux de France le 18 février.

Guinée équatoriale

L'UIA a conclu avec succès une mission de médiation auprès du barreau de Guinée équatoriale – voir le compte rendu publié dans le *Juriste International* n° 2013-4.

Cour pénale internationale

Commentaires au Projet de document relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste

Le 7 février 2014, le Bureau de la Procureur de la Cour pénale internationale (CPI) a rendu public un Projet de document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste, invitant à soumettre des commentaires sur ce projet.

Dans une lettre datée du 23 février, l'UIA a fait part de ses observations particulièrement au sujet de la place et l'implication des représentants légaux des victimes et des témoins tant lors de l'enquête et au moment de l'ouverture des poursuites que dans le cadre du procès.

Soulevant le rôle central du représentant légal dans la préservation des intérêts spécifiquement propres aux victimes, de leur sécurité et de leur bien-être, elle a notamment insisté sur l'importance de l'inclure dans les discussions relatives aux mesures de protection à l'égard des victimes qu'il représente et plus encore lorsque celles-ci sont amenées à comparaître, que ce soit en qualité de victime ou comme témoin du Procureur.

Romina BOSSA ABIVEN
Assistante Projets Droits de l'Homme et Indépendance de la Profession de l'UIA
Paris, France
rbossa@uianet.org

Julie GOFFIN
Coordinateur Droit de l'Homme et Défense de la Défense de l'UIA
Bruxelles, Belgique
j.goffin@avocat.be

[1] Mes Doğan Erbaş, İbrahim Bilmez, Ömer Güneş, Hatice Korkut, Cengiz Çiçek, Muharrem Şahin, Emran Emekçi, Sebahattin Kaya et Mehmet Bayraktar.

[2] Il s'agit de Mes Selçuk Kozağaçlı, Taylan Tanay, Günay Dağ, Ebru Timtik, et Barkın Timtik.

[3] Au moment de partir sous presse, l'UIA a appris la libération de Me Erbey.



La peine de mort, l'erreur judiciaire et l'avocat

Richard SÉDILLOT

Parmi les arguments qui militent en faveur de l'abolition universelle de la peine de mort, il en est un qui, pour pragmatique qu'il soit, n'en est pas moins essentiel : il s'agit du risque d'erreur judiciaire, qui menace l'issue de tout procès, mais devient fatal lorsque la peine prononcée est capitale. De récentes études universitaires ont démontré que nombre de condamnés exécutés aux États-Unis étaient innocents, et que la peine de mort n'aurait pas été prononcée, si une information ignorée du jury lors de l'audience, avait été portée à sa connaissance.

Un témoin qui révèle, des années après le procès, un détail essentiel passé sous silence, un test ADN qui apporte la preuve *post mortem* de l'innocence du condamné, le véritable coupable qui finit par consentir des aveux justifiés par un remord tardif, les membres d'un jury qui décident de révéler la pression dont ils ont été l'objet, la révélation d'une maladie mentale qui altérait les facultés intellectuelles de l'accusé… nombreuses sont les hypothèses qui permettent de réviser une décision rendue… à condition, c'est l'évidence, que le condamné n'ait pas été exécuté.

Les congrès mondiaux contre la peine de mort ont permis l'expression d'anciens condamnés, dont l'innocence a tardivement été reconnue, et dont la vie ne doit qu'à la suspension de leur exécution pendant plusieurs années. Ils furent tous émouvants, il est aisé de s'en convaincre. Ils furent aussi presque toujours - et peut-être faut-il voir là aussi l'impression que leur témoignage a fait sur l'auditoire - d'une grande sobriété et d'une réserve empreinte de dignité. J'ai parfois pensé que certains d'entre eux n'avaient pas été capables de faire face à une accusation qui dépassait tellement leur entendement, qu'ils étaient devenus des proies fragiles pour un système judiciaire parfois populiste et avide de condamnations à mort.

Au Japon, Iwao Hakamada vient d'être libéré après avoir passé 48 années dans les couloirs de la mort. Il avait été condamné pour le meurtre, commis en 1966, de la famille de son employeur. Il avait avoué les faits pendant l'enquête, revenant toutefois sur ses aveux à l'occasion de l'audience, expliquant qu'il avait été contraint par des policiers qui l'avaient interrogé sans relâche et avaient exercé sur lui une forte pression psychologique. Ce sont notamment des tests génétiques, réalisés ces dernières années, qui ont permis de douter de sa culpabilité. L'un des juges ayant prononcé la condamnation a présenté des excuses, regrettant de n'avoir pas dit plus fermement qu'il ne croyait pas en la culpabilité de Iwao Hakamada lors du procès.

Glenn Ford, détenu depuis 29 ans dans un pénitencier de Louisiane, vient aussi de voir les portes de l'antichambre de la mort s'ouvrir devant lui. Il avait été condamné pour le meurtre d'un bijoutier, pour le compte duquel il effectuait des travaux de jardinage. Au cours d'un braquage, celui-ci avait été abattu. Glenn Ford avait été vu à proximité de la bijouterie au moment des faits. Il était, lors de son interpellation, en possession d'objets dérobés dans le magasin de la victime. Des témoins rapportaient encore l'avoir vu tenter de revendre une arme de même calibre que celle qui avait servi au crime. Ces éléments emportèrent la conviction du jury. Très récemment pourtant, un informateur a révélé avoir entendu un homme s'accuser de la commission du meurtre. Les autorités judiciaires ont alors déclaré que si ce témoignage avait été connu lors de l'enquête, Glenn Ford n'aurait pas été condamné.

Ces deux exemples rappellent, s'il le fallait encore, que la justice est œuvre humaine et qu'elle est donc nécessairement faillible. Si les abolitionnistes convaincus estiment que l'incompatibilité théorique entre la justice et la mort se suffit en elle-même, il faut encore user du spectre de l'erreur judiciaire pour convaincre les plus réservés. Cet argument trouble en effet souvent ceux qui, estimant que la peine de mort n'est pas, en elle-même, illégitime, considèrent toutefois que son application ne peut se concevoir que si la culpabilité de l'accusé est certaine. Il n'existe pourtant pas, nous le savons, de certitude en matière judiciaire, quelques évidentes que puissent paraître les charges qui pèsent contre l'accusé, quelque puisse être l'impartialité du juge. C'est d'ailleurs pour cette raison que la plupart des systèmes judiciaires connaissent une procédure de révision.

Glenn et Iwao ont échappé à l'exécution. C'est heureux. Leur libération, pourtant, entretient le souvenir de tous les innocents dont le sort fut plus funeste. Elle rappelle aussi l'importance du rôle que doit jouer le barreau en faveur de l'abolition, puisque nul mieux que l'avocat ne comprend la portée de l'aléa judiciaire.

Il existe bien sûr des raisons d'espérer : le nombre de pays abolitionnistes augmente chaque année et le nombre de condamnations prononcées diminue. Des mouvements abolitionnistes se structurent au sein de pays dans lesquels le sujet semblait difficile à aborder il y a quelques années. On peut citer notamment la Tunisie, le Maroc, le Liban, la Mauritanie…

Les avocats doivent participer à ce combat en faveur de l'abolition et soutenir les coalitions qui se créent dans tel ou tel pays rétentionniste.

La première fois que j'ai été confronté à la peine de mort, ce fut au Burundi, quelques années après le génocide de 1993. Je défendais, devant un tribunal militaire, un jeune soldat qui, pris d'ivresse dans un cabaret, un soir de permission, et refusant de suivre un camarade qui l'exhortait à réintégrer la caserne, l'avait menacé de son arme et involontairement tué. Il était poursuivi pour assassinat et encourait la peine capitale. Je devais donc convaincre le tribunal, composé exclusivement de militaires, d'avoir à requalifier les chefs de la poursuite, pour ne retenir que l'infraction de coups mortels, punie d'une peine à temps. Le tribunal m'a finalement suivi et c'est heureux, mais combien sont ceux qui périrent

sous le joug d'une justice expéditive parce que le jour où ils furent jugés il n'y avait pas d'avocat à leurs côtés ?

J'ai pris pleinement conscience, ce jour-là, de la dimension la plus extrême de notre métier. J'ai surtout compris à quel point la tâche des avocats qui exercent dans les pays rétentionnistes est infiniment difficile. Quelques semaines après l'issue de ce procès, je suis rentré en France, poursuivre l'exercice de notre profession, loin des tourments auxquels font face ceux de nos confrères qui sont régulièrement confrontés à la peine capitale. Ceux-ci, en revanche, ont poursuivi un combat parfois quotidien, qui ne peut nous laisser indifférents.

Quelques années plus tard, j'ai participé à la défense, auprès de nos confrères mauritaniens, de 40 accusés qui encouraient la peine de mort, à l'occasion d'un procès politique organisé à Wad Naga, en plein désert. Alors que tous les observateurs étaient convaincus du sort fatal qui attendait les accusés, aucune peine de mort n'a finalement été prononcée. Il faut voir dans cette décision inespérée le résultat de la persévérance et du talent de nos confrères mauritaniens mais aussi, me semble-t-il, la conséquence de la solidarité qui s'est manifestée en cette occasion : plusieurs avocats étaient venus, de différents pays, soutenir leurs confrères, et je crois que ce front uni que nous avons formé au cours de cette audience a participé à son heureux dénouement.

L'UIA est une association puissante, structurée, très représentative de la profession d'avocat à travers le monde. Elle peut et doit encore participer à ce combat qui ne peut nous laisser indifférents. Des missions d'observation, de formation, de soutien peuvent être organisées au profit de nos confrères encore confrontés à cette peine.

Je pense aussi que l'UIA doit participer avec conviction aux travaux de la coalition mondiale contre la peine de mort, qui regroupe des barreaux, des ONG, des villes et des régions du monde entier et fédère les forces abolitionnistes. Son rôle peut y être essentiel.

Il n'y a pas de plus remarquable combat, pour un avocat, que le combat pour la vie. Je vous propose d'y impliquer les forces de notre association.

Richard SÉDILLOT
Avocat à la Cour
Conseiller du Président de l'UIA
Expert près le Conseil de l'Europe
Ancien Vice-Président de la commission Droits de l'Homme du CNB
Expert IFEJI
Membre du Conseil Scientifique de l'Institut des Droits de l'Homme et de la Paix
richard.sedillot@gmail.com



La profession d'avocat
The Legal Profession
La Abogacía



Le combat de Lidia Poët

Marco GAY & Clara BOUNOUS



"À mon âge on est comme des réverbères de souvenirs au coin d'une rue où ne passe plus personne."

Elle se trompait: son nom a été donné à une rue et à une école dans sa ville et tous les avocats italiens connaissent son histoire passionnante qui vaut la peine d'être portée à la connaissance des lecteurs de *Juriste International.*

Avec ces mots, Lidia Poët commenta la décision du Barreau de Turin de l'inscrire finalement au Tableau à l'âge de 65 ans, après une véritable lutte commencée en 1881, lorsqu'elle avait obtenu un doctorat en droit de l'université de Turin.

Née en 1855 dans un petit village de montagne des Alpes, d'une famille de paysans cultivés, de traditions sévères, où les enfants vouvoyaient leurs parents et les saluaient en faisant la révérence, elle devint institutrice, mais elle aimait le latin et elle obtint sans difficultés la licence du lycée pour pouvoir s'inscrire à la faculté de droit.

« J'étais née pour étudier, dira-t-elle dans une interview, et je n'ai jamais su faire autre chose, dans un siècle où les jeunes filles ne se dédiaient qu'aux dentelles et aux flans de riz. Ce fut un mal ou un bien? Je ne sais pas. Mais je sens que si je devais naître une autre fois, je ferais la même chose. »

La thèse de son doctorat avait pour sujet la condition de la femme dans la société, en particulier la reconnaissance du droit de vote pour les femmes.

Son doctorat en droit obtenu, elle fut stagiaire dans le cabinet de son frère aîné, avocat.
Elle fut admise, après le stage de deux ans, à l'examen pour devenir avocat.

Elle avait donc tous les diplômes pour pouvoir obtenir son inscription au Barreau, mais elle était une femme.

L'Italie était alors (1883) un pays typiquement agricole, pauvre, arriéré.

Sur 23 millions d'habitants, la grande majorité de la population était exclue des droits politiques. Le problème du vote ne se posait même pas, puisqu'on pensait que le vote des chefs de famille suffisait. La vie sociale était encore régie dans les lois et dans les coutumes par le mâle - père, mari, électeur.

L'accès aux professions libérales était interdit aux femmes, ainsi que la vie politique.

Ces considérations servirent de fondement à l'interdiction faite à Lidia Poët de s'inscrire au Barreau. Elle fut obligée d'affronter un parcours semé d'obstacles pour faire valoir ses droits en allant à l'encontre de la mentalité de son temps.

À l'époque, la femme, quelle que soit son origine sociale, était non seulement exclue de la vie politique, mais l'accès aux études universitaires et aux professions libérales lui était également refusé.

En Italie, les idées féministes, qui, en Europe, faisaient alors leurs premiers pas, restaient étrangères à la grande masse des femmes qui travaillaient, et n'intéressaient que quelques groupes restreints de femmes socialement élevées.

La demande de Lidia Poët d'être inscrite au Tableau du Barreau de Turin fut une grande surprise dans le milieu juridique et souleva d'âpres polémiques puisque c'était le premier cas qui se présentait dans le Royaume d'Italie.
Le Conseil de l'Ordre anticipa l'évolution de son temps après un long débat. La majorité du Barreau accepta la demande de Lidia Poët. C'était la première fois en Italie.

Mais la question n'était pas close.

Le Procureur Général du Roi près la Cour d'Appel de Turin s'opposa à l'inscription de Lidia Poët qui dut défendre sa demande et la décision favorable du Barreau devant la Cour d'Appel, qui fit droit au recours du Procureur Général du Roi et affirma que les lois ne permettaient pas aux femmes d'exercer la profession d'avocat.

Lidia Poët ne désarma pas et joua l'ultime carte à sa disposition: le 28 novembre 1883, elle se pourvut en Cassation. Pas plus que ceux de la Cour d'Appel, les juges de la Cour de Cassation n'acceptèrent la décision novatrice du Barreau.

La partie n'était toutefois pas terminée.

Lidia Poët fut admise au Barreau en 1920 seulement, alors qu'elle avait 65 ans, après la grande guerre, grâce à la loi de 1919 qui avait ouvert aux femmes toutes les carrières professionnelles, sauf la magistrature.

Perdue, pendant presque 40 ans de lutte sur le plan juridique, Lidia Poët ne trouva pas d'obstacles à sa hardiesse et à sa générosité dans le social.

Elle s'engagea, non seulement dans la défense des droits de la femme, mais aussi dans celle des minorités: mineurs et prisonniers.

Elle fut membre du Secrétariat du Congrès pénitentiaire international et représenta l'Italie dans différents pays du monde comme Vice-Présidente de la Section juridique.

En 1890, elle fut rapporteur au IVe Congrès

pénitentiaire international de Saint-Pétersbourg. Le 5 novembre 1895, la République française la nomma Officier de l'Académie.

Elle s'occupait personnellement des prisons et des prisonniers, de façon passionnée et infatigable. La modernité de ses idées, sous certains aspects révolutionnaires pour son temps, consistait à considérer que, pour réinsérer un criminel, la répression est inutile, l'éducation, en revanche, essentielle : si le coupable n'a pas eu d'éducation, il faut lui donner la connaissance de l'ordre pour l'empêcher de retomber dans de nouvelles tentations.

En 1922, devenue finalement avocate, elle fut nommée Présidente du Comité *pro feminas* qui, se référant aux initiatives des Anglaises, réclamait des lois plus humanitaires et le droit de vote actif et passif pour les femmes.

Pendant la grande guerre, elle fut infirmière de la Croix-Rouge et son engagement sur le front de la guerre pour assister les blessés et les victimes civiles lui valurent la médaille d'argent.

Ces lignes veulent être un hommage à cette avocate qui sut pratiquer la féminité avec intelligence, obstination et détermination contre les obstacles, pour affirmer la différence et la complémentarité des deux sexes, qualités encore rares de nos jours.

« *Je crois,* avait-elle écrit dans sa thèse de doctorat, *que dans l'union des qualités des uns avec celles des autres, moyennant les exagérations et les imperfections réciproques, on arriverait à une harmonie meilleure, désirable tant dans l'État que dans la famille.* »

Marco GAY
Avocat
Turin, Italie
avvocato@marcogay.eu

Prof. Clara BOUNOUS
San Germano Chisone, Italie
bounousclara@tiscali.it



Juste avant la fin de l'année 2012, le Parlement italien a définitivement approuvé la réforme de la loi sur la profession d'avocat (n° 247 du 31/12/2012 « Nouvelle réglementation de l'organisation de la profession d'avocat »). Cette nouvelle réglementation intervient quatre-vingts ans après notre loi historique de 1933, qui fut modifiée et complétée bien sûr, mais à laquelle aucune innovation d'importance ne fut apportée pendant le siècle dernier bien que notre profession – et, par voie de conséquence, ses institutions – aient dû fonctionner dans un cadre social et économique radicalement modifié.

Deux aspects de la réforme méritent d'être soulignés : d'une part, son caractère de « loi de principes » et d'autre part, la prise en considération du fait que cette loi constitue pour notre profession un point de départ mais assurément pas une arrivée, telle une boîte solide, bien structurée et agréable à voir, mais qui doit encore être complètement remplie.

Permettez-moi de m'expliquer. La réforme frappe d'emblée l'attention du lecteur par le rappel qu'elle impose des principes fondamentaux et importants. Ainsi, le renvoi au droit à la défense contenu dans la Constitution, aux normes communautaires, aux traités internationaux, la mention de « l'importance juridique et sociale première des droits » dont la protection constitue la finalité de la défense, la nécessité d'assurer la qualification professionnelle, dans l'intérêt public et plus particulièrement en vue de protéger les intérêts individuels et collectifs, la garantie d'indépendance et d'autonomie des avocats définies textuellement comme « conditions d'efficacité de la défense », la protection des clients et de la collectivité garantie par « le comportement adéquat et la recherche de qualité » dans la prestation professionnelle ainsi que la valorisation du mérite en tant que critère de sélection pour accéder à la profession sont les principes mentionnés presque de manière sous-jacente dans une énumération dépourvue d'originalité mais néanmoins importante. Ceci ne constitue que les deux premiers alinéas de l'article premier ! Sur la même page figure le second alinéa de l'article deuxième, avec son affirmation explosive selon laquelle « L'avocat a la fonction de garantir au citoyen l'efficacité de la protection des droits ». Cette affirmation, d'une portée démesurée, est suivie de toute la matière traitant des obligations et de la déontologie (article 2), du secret professionnel (article 6), de la spécialisation et de la formation, etc.

Loi de principes, disais-je, d'une très grande portée tant pour l'importance externe (vis-à-vis des citoyens, de la société tout entière) attachée à la fonction de l'avocat, que pour son importance interne en ce qui concerne la déontologie, mais également une réglementation à l'opposé des tendances actuelles, une cascade de principes déontologiques et moraux tellement inhabituelle dans la réalité historique, pas seulement italienne, plus intéressée par les règles du marché, quelles qu'elles soient, plutôt que par les principes éthiques et l'engagement social de notre profession.

Le second aspect de la réforme apparaissant de manière très claire est le rappel constant de la nécessité que la nouvelle loi soit complétée par des règlements. En effet, comme déjà indiqué, la réforme constitue un point de départ et non une arrivée : une belle boîte dont le contenu doit encore être presque intégralement créé. Pour s'en convaincre, il suffit de lire le troisième paragraphe de l'article premier, qui prévoit que :

> *« L'application de la présente loi est assurée par les règlements adoptés par décret du Ministre de la Justice… dans les deux ans suivant la date de son entrée en vigueur, après consultation préalable du Conseil national des Barreaux (Consiglio nazionale forense (CNF))… ».*

En réalité, il existe en l'état une immense page blanche à écrire complètement par voie de règlements, de recommandations du Ministère ou encore par notre Conseil National des Barreaux (qui doit, en tous les cas, être consulté,

La nouvelle loi italienne sur la profession d’avocat

Mario NAPOLI

même lorsqu’il y a compétence ministérielle, et qui, à son tour, doit demander l'avis des Conseils des Ordres ainsi que des Associations professionnelles), mais une réglementation qui devra nécessairement évoluer dans la direction voulue par le législateur.

À cet égard, j'aimerais souligner un autre aspect extrêmement important et stimulant de la réforme à savoir que la nouvelle loi offre à la profession une occasion unique de s’autogérer, comme devrait l’être une profession forte, qui sait montrer sa partie la meilleure, disposée à suivre le chemin tracé par la tradition et à se battre face aux difficultés. Certes, au sein de notre profession, il n’existe pas de position unique. Les règles, usages, revenus, opportunités professionnelles ne sont pas répartis de façon homogène dans le pays. Ainsi, combien de fois ces inégalités n'ont-elles pas contribué à la naissance de propos populistes et malsains, à l'abaissement du niveau éthique et professionnel, à taxer de visions aristocratiques les rares tentatives d'élever le débat dans le seul but d’améliorer l'image et la légitimité dont notre profession doit jouir !

La nouvelle loi lance un défi à toute la profession. Si les avocats italiens réussissent à tourner définitivement la page d’un passé caractérisé par un corporatisme obscur, s'ils réduisent au silence les tribuns dangereux qui, pendant trop d'années, ont parlé à leur place sans aucune légitimité, s'ils formulent de véritables propositions en lieu et place de protestations stériles, s'ils se montrent exigeants avec eux-mêmes d’un point de vue éthique, dans leur propre intérêt comme dans celui des citoyens, alors ils pourront à nouveau être une référence efficace dans la protection des droits, une profession aimée et reconnue, une partie de la classe dirigeante nationale, car la voie tracée par la nouvelle loi peut conduire à un changement radical et concret. Si, par contre, l’exigence éthique et professionnelle tend vers le bas, ne change pas par rapport à la situation existante et reste figée comme un moloch immuable, alors nous pourrons définitivement renoncer à toute aspiration de représenter une conscience élevée, d’une certaine manière aristocratique et dirigeante de notre pays. Il ne nous restera alors plus qu'à nous soumettre aux règles déchirantes et dangereuses du marché.

La nouvelle loi contient une première partie à caractère général (réglementation de la profession, déontologie, exercice de la formation en forme associée, secret professionnel, spécialisations, publicité informative, formation, mandat professionnel), suivie d’une deuxième partie relative à l'exercice de la profession (inscription et radiation, incompatibilité) et d’une troisième partie consacrée aux institutions professionnelles (Conseils de l'Ordre locaux, Conseil National des Barreaux, Congrès National). La quatrième partie réglemente l'accès à la profession et le stage, alors que la cinquième partie est entièrement consacrée à la procédure disciplinaire. Au total plus de soixante articles qui, d’une part, reproduisent en partie les pratiques et réalités existant depuis longtemps dans la profession en Italie mais toutefois en y introduisant des nouveautés significatives comme par exemple l'abandon (pas total) de la « domesticité » de la juridiction disciplinaire, qui continue à appartenir à la profession mais en étant détachée de l'Ordre auquel est inscrit l’avocat contre lequel une procédure disciplinaire est engagée, afin d’éviter toute « proximité dangereuse » ou encore la séparation dans la procédure disciplinaire entre l’activité d'instruction avant débats et la phase décisionnelle, à laquelle le conseiller-instructeur ne participe plus. En effet, il était vraiment inadmissible que le conseiller ayant formalisé les chefs d’inculpation participe à la décision finale et qu’il en soit le rapporteur (ce qui, dans la pratique, était la règle).

Pour terminer, permettez-moi de consacrer quelques lignes aux faits historiques qui ont conduit à l'approbation par notre Parlement de la loi n° 247/2012, puisque, il ne faut pas s’en cacher, aux yeux de nombreuses personnes, cette loi était inattendue.

Le mérite – à mon avis il s'agit bien d'un mérite – revient à notre Conseil National des Barreaux qui, en un moment où ce qui était « technique » était perçu comme la panacée à tous les maux passés, présents et futurs, a osé miser plutôt sur l'aspect « politique », expression se référant aux partis politiques représentés au Parlement. Pourquoi un mérite? En premier lieu, parce qu’ il s’agissait d’un pari difficile, lancé en position défavorable, mais surtout parce que le défi était d'obtenir une réglementation de la profession de premier rang (une loi), ainsi qu’il convient à une profession essentielle à l’administration de la justice, comme nos institutions l'avaient toujours revendiqué en citant - d'une manière il est vrai pas toujours convaincante - l'article 24 de la Constitution, l'article 6 (liberté et sécurité de la personne, dont les avocats sont les garants), l'article 15 (liberté professionnelle), les art. 47 et 48 (droit de défense, efficacité de l'accès à la protection des droits) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En vérité, ce rappel entendait mettre fin à une période mortifiante de décrets-lois gouvernementaux fortement pénalisant pour les avocats et la protection des personnes (sociétés professionnelles avec des associés non-avocats, abandon des tarifs et de l’interdiction du *pactum de quota litis* utiles aux grands groupes mais certainement pas au citoyen, diminution de la durée du stage jusqu’à l’hypothétique abandon de l’examen d’État) pour revenir à une réglementation organique et complète contenue dans une loi votée par le Parlement.

En définitive, contre toutes attentes, notre profession est aujourd’hui imprégnée de principes bien différents de ceux qui ont été exprimés dans la période terminée des décrets : ce n'est pas peu, ne laissons pas l'occasion s’échapper.

Mario NAPOLI
Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Turin
Directeur - Suivi des Accords avec les Organisations Internationales - UIA
Turin, Italie
m.napoli@perdesoli.it



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

Actualité sur la jurisprudence de la CEDH en matière civile et pénale – Questions choisies

JEUDI 5 ET VENDREDI 6 JUIN 2014

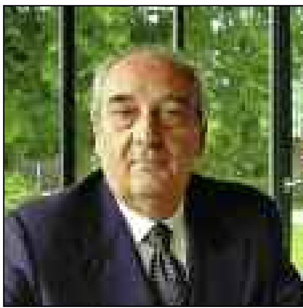
STRASBOURG

FRANCE



Renseignements et inscription en ligne sur www.uianet.org

Séminaire organisé par la commission Droits de l'Homme de l'UIA



Rapport sur un procès invraisemblable

Le procès Kocasakal et la répression contre les avocats en Turquie

Corrado DE MARTINI

1. La situation des avocats en Turquie

Il est des pays ancrés dans des traditions anciennes d'intimidation et de répression contre les avocats. Tel est le cas de la Turquie.

Pendant le gouvernement militaire installé par le coup d'État de 1980, des dizaines d'avocats ont été emprisonnés simplement parce qu'ils réclamaient le respect des droits de la défense et des droits de l'homme.

Dans les dernières années, sous le gouvernement du parti AKP et du premier ministre Recep Tayyip Erdoğan, ces comportements répressifs et violents se sont multipliés.

La Constitution turque et les lois qui règlent le procès pénal garantissent pourtant l'effectivité des droits de la défense ainsi que l'égalité des armes entre l'accusation et la défense. C'est ainsi que la Loi turque garantit apparemment le droit à un procès juste et équitable.

Néanmoins, même après la fin de la dictature militaire, et jusqu'à très récemment, des Tribunaux spéciaux avaient été institués en Turquie pour juger des crimes de terrorisme et de violation de l'ordre constitutionnel. Devant ces juridictions, le rôle de la défense a été considérablement restreint et l'ensemble des droits de la défense fortement limité.

Qui plus est, au cours des dernières années, les observateurs et organisations nationales et internationales de défense des droits de l'homme ont dénoncé les violations des principes du procès équitable, dont il était relevé qu'ils étaient quasiment systématiquement bafoués, lorsque le procès impliquait des opposants politiques, des avocats, des journalistes ou des intellectuels.

Les cas les plus remarquables d'atteinte à l'exercice de la profession d'avocat ont été révélés à l'occasion des procès intentés contre M. Abdullah Öcalan, fondateur du Parti des travailleurs du Kurdistan, désigné « PKK », ainsi que contre les membres de cette organisation, regardée comme une organisation terroriste par l'Union européenne et par l'ONU. Dans ces procès, les Tribunaux se sont montrés extrêmement sévères contre les avocats de la défense, et l'exercice même de la défense s'est trouvé fortement limité par les Lois spéciales en vigueur, s'agissant de lutte antiterroriste, dont les Tribunaux ont eu des interprétations particulièrement extensives.

De surcroît, de plus en plus fréquemment, le seul fait d'avoir accepté de défendre des Turcs d'origine kurde accusés de terrorisme a justifié l'extension de l'accusation de terrorisme contre l'avocat lui-même, qui est à son tour emprisonné et soumis à une poursuite pénale sur le fondement d'une participation, par son exercice professionnel, à une organisation terroriste.

Les accusations sont très souvent fondées, non sur des faits matériels, mais sur des suppositions. L'activité d'instruction prévoit presque systématiquement des fouilles, et notamment des cabinets d'avocats (normalement impossibles sans l'autorisation spéciale d'un juge) et des écoutes téléphoniques. À ce sujet, il faut noter qu'une loi de 2005 a substantiellement restreint le secret professionnel et la police a été encouragée à se considérer autorisée à écouter les conversations téléphoniques et à lire la correspondance entre l'avocat et son client.

Le PKK a en effet conduit pendant des années une campagne terroriste particulièrement violente et féroce. On peut donc comprendre la rigueur de la réaction judiciaire: mais restent injustifiables la répression du droit de défense et surtout la répression contre les avocats.

À la fin de l'année 2011, une centaine de personnes, dont 46 avocats, ont été arrêtées au cours des opérations visant à démanteler la « branche civile » du PKK, désignée comme le « KCK ».

Accusés d'appartenir à cette « branche civile », non combattante, donc, du PKK, les avocats ont été arrêtés, détenus et placés en détention préventive, en raison de leur implication dans la défense de M. Abdullah Öcalan ou de ses lieutenants, accusés d'avoir transmis des informations entre ces derniers et les chefs du PKK. Encore une fois, les investigations ont impliqué des perquisitions dans les cabinets des avocats et la saisie de documents. Le dossier est d'ailleurs fondé sur des enregistrements de conversations intervenues entre les avocats et leur client dans le parloir de la prison.

Dans le cas des membres du PKK, se mêlent en même temps l'activité de répression contre les kurdes et la tentative de démanteler une organisation politique d'opposition, le « BDP », parti politique dont la ligne consiste à assurer une représentation politique aux kurdes de Turquie.

Une autre procédure judiciaire avait visé l'IDH (Human Rights Association) une organisation de défense des droits de l'homme active dans tout le pays, et notamment, donc, dans le Kurdistan turc. Dans ce cas, il y a eu de nombreux emprisonnements, dont ceux de nombreux avocats. Ainsi Mes Filiz Kalyaci, Murar Vargun, Sevil Araci Bek e Tugay Bek ont été déjà condamnés à plusieurs années de prison; Muharrem Erbey, lauréat du Prix Ludovic Trarieux en 2012, a été en prison préventive à compter du mois de décembre 2009. Il risque entre 6 et 15 années d'emprisonnement.[1]

Dans un tout autre contexte que celui du militantisme des organisations pro-kurdes, en janvier 2013, une opération de répression a été initiée contre le Parti-Front révolutionnaire de libération du peuple (DHKP-C), une organisation d'extrême gauche. C'est ainsi que quinze avocats membres de l'Association des juristes progressistes (ÇHD), dont l'activité avait notamment consisté à défendre les avocats arrêtés en 2011, ont été à leur tour été arrêtés et détenus.

Dans ce cas également, leurs cabinets ont été perquisitionnés en absence du procureur en charge de l'affaire et du représentant du Barreau; un membre du Conseil de l'Ordre, Efkan Bolaç, qui prétendait assister aux fouilles a été à son tour arrêté.

Par ailleurs, dans un tout autre contexte également, les autorités ont entrepris de réprimer le complot présumé engagé par des militaires, accusés d'avoir tenté d'organiser un coup d'État en 2003 pour déstabiliser le gouvernement de l'AKP. Ce cas, différent dans son contexte, est celui du procès Balyoz (marteau de forgeron).

De même que dans les autres procès, les avocats constitués en défense ont subi des intimidations: leurs demandes concernant la recherche et la discussion des preuves ont été rejetées. Il ne leur a pas été permis de prendre la parole lors du procès (quelques-uns ont été interrompus, avec les mots « taisez-vous », « silence », « asseyez-vous »), et, finalement, au cours d'une audience, ils ont été expulsés de la salle.

2. Le procès contre le Bâtonnier Kocasakal et neuf membres du Conseil de l'Ordre d'Istanbul

Dans le cadre du procès Balyoz, qui se tenait à Silivri, à l'intérieur d'une prison, le 6 avril 2012, ayant été informés que les avocats de la défense avaient décidé de ne plus assister au procès, le Bâtonnier Kocasakal et neuf membres du Conseil de l'Ordre d'Istanbul se sont rendus dans la salle d'audience.

Me Kocasakal, agissant en qualité de Bâtonnier de l'Ordre des avocats d'Istanbul, a fait une déclaration demandant à la Cour de ne pas restreindre les droits de la défense, de respecter les règles du procès équitable et d'assurer le respect de l'honneur de la profession d'avocat.

Les membres du Tribunal saisi du procès Balyoz ont alors déposé une plainte auprès du Procureur de Silivri qui a initié les poursuites contre Me Kocasakal et les neuf membres du Conseil de l'Ordre d'Istanbul pour avoir tenté « d'influencer les juges ». Ils encouraient des peines de prison allant de 2 à 4 ans, selon l'article 277 du Code pénal turc, ainsi que la radiation du Barreau.

Ce procès était une attaque très grave non seulement aux prérogatives de la défense, mais au rôle même de l'avocat. Quel est ce rôle sinon celui de tenter d'« influencer le juge »?

En outre, selon les juristes turcs, le crime qui était reproché au Bâtonnier Kocasakal est un crime qui peut regarder seulement ceux qui exercent une position hiérarchiquement supérieure, ce qui n'est évidemment pas le cas pour un avocat vis-à-vis d'un Tribunal.

Il est néanmoins singulier que le jour même de la diffusion de la nouvelle de l'accusation portée contre le Bâtonnier Kocasakal, une organisation proche du gouvernement ait fait des déclarations affirmant que le Bâtonnier Kocasakal et les neuf autres membres du Conseil de l'Ordre d'Istanbul étaient déchus de leur mandat au Barreau. Bien qu'il s'agisse d'une fausse information, elle laisse apparaître une possible explication à ce procès, c'est-à-dire une tentative de démanteler un Conseil de l'Ordre dont les activités l'ont conduit à prendre des positions en faveur de la défense de la défense, devenant ainsi un adversaire politique.

Lors de la première audience, le 17 mai 2013, étaient présents non seulement les accusés et leurs Conseils, mais aussi plusieurs dizaines d'avocats turcs venus exprimer leur solidarité. Étaient aussi présents le Président de l'Union des Barreaux turcs, et plusieurs Bâtonniers, notamment de Ankara, Izmir, Adana et Antalya. Il y avait aussi une remarquable présence d'avocats européens: une délégation de l'UIA (Corrado de Martini et Emmanuel Altit), une délégation du CCBE, le Président de la Conférence Nationale des Barreaux (France), le Bâtonnier de Rabat, des représentants de Lawyers for Lawyers (Hollande), l'ancien Bâtonnier d'Amsterdam et quatre représentants des Barreaux allemands.

Les avocats turcs comme les avocats étrangers portaient pour la plupart la robe, moyen de montrer aux autorités la mobilisation de la profession, au-delà des frontières.

L'audience eut lieu dans une grande confusion tant parce que la salle d'audience – choisie à dessein, d'après les confrères turcs – était trop petite pour accueillir l'ensemble des observateurs, que parce que le juge, désigné à peine quelques jours auparavant pour remplacer le juge titulaire, semblait dépassé par les événements. Après quelques minutes, le juge a en effet renvoyé l'audience au 12 octobre 2013.

Le choix d'une salle d'audience trop petite semble être une solution habituelle pour les procès qui soulèvent une attention internationale: toutes les audiences du procès contre le Bâtonnier Kocasakal se sont déroulées dans une salle de ce type; mais la même solution a été adoptée, par exemple, pour les audiences du procès contre les membres du BDP.

L'audience du 12 octobre a été reportée au 7 janvier 2014.

À cette audience se sont rendus encore quelques dizaines d'avocats turcs, et les représentants d'un certain nombre de Barreaux turcs et de l'Union des Barreaux turcs; mais la présence internationale était moins importante. Il n'y avait que 10 personnes, soit deux représentants du Barreau de Paris, 4 représentants du Barreau d'Amsterdam, le président de la FBE, un représentant du Barreau de Berlin, un représentant du DAV, et moi-même représentant le Président de l'UIA.

Pendant toute la matinée, seule la présentation personnelle des accusés a eu lieu. Le procès aurait dû commencer dans l'après-midi; mais le procureur de la République a déclaré qu'il ne connaissait pas le dossier et a demandé de reporter l'audience qui a été fixée au 24 février 2014.

Il paraissait évident que la stratégie du Parquet était celle de prendre du temps de façon telle que l'attention internationale sur ce procès diminue.

Et, en effet, le 24 février, la présence internationale a encore diminué: étaient présents des représentants de Lawyers for Lawyers, un représentant du CCBE, deux avocats du Barreau de Paris, le Président de la Fédération des Barreaux d'Europe (FBE) et moi-même comme représentant de l'UIA.

Le procureur de la République a lu les accusations et a prononcé à mi-voix quelques mots, regardant simplement sa table.

Le juge n'a même pas permis à la défense de parler. Il a tout de suite prononcé la sentence d'acquittement.

On peut (et on doit) se réjouir de cet arrêt, qui termine un procès invraisemblable, et qui – par ailleurs – est tout à fait cohérent avec les derniers développements de la situation en Turquie.

Corrado DE MARTINI
Président d'Honneur de l'UIA
Studio legale De Martini
Rome, Italie
corrado.demartini@studiodemartini.it

Note de la rédaction: [1] Au moment de la mise sous presse, l'UIA a appris la libération de Me Erbey

La nature du téléservice juridique

Gaël CHANTEPIE

L'intérêt économique et social des téléservices juridiques n'est pas douteux[1]. Consultation à distance, recouvrement de créances, rédaction de contrats assistée, bases de données en ligne sont autant de manifestations, en germe ou écloses, de l'adaptation des services juridiques aux prestations en ligne.

Pourquoi s'intéresser alors à la nature du téléservice ? Non pas seulement pour mener une réflexion doctrinale. L'intérêt serait aussi pratique, tant le lien logique entre le régime et la nature d'un mécanisme est courante dans le raisonnement juridique. Mais au terme de ce travail de qualification, subsistent immanquablement des interstices entre les catégories juridiques, qui suscitent l'embarras.

D'où la question posée par le téléservice juridique, qui constituerait apparemment un prolongement des services juridiques. La qualification même de service juridique étant sujette à discussion, il faut poser des définitions, au moins à titre provisoire.

Service ? Opposé au bien, le service constitue une notion englobante. Les contrats de service viseraient un vaste ensemble de prestations, des marchés de travaux au mandat, en passant évidemment par les professions libérales. La prestation de services n'est pas tant caractérisée par le type de contrat qui lui sert de fondement, que par une prestation caractéristique particulièrement accueillante, l'obligation de faire.

Téléservice ? Le téléservice implique-t-il alors une prestation spécifique (service différent et original) ? Ou s'agit-il simplement d'une modalité d'exécution d'un service existant, au même titre par exemple que la distance ? Si le téléservice est conçu comme une modalité d'exécution de la prestation, l'analyse se déplace vers les effets du contrat. C'est la réalisation de la prestation qui est affectée, renvoyant à des problèmes classiques (réseaux, échanges et protection des données, etc.). Si le téléservice est envisagé comme une prestation spécifique, la situation diffère. C'est l'internet qui créerait de nouveaux services. De fait, le téléservice embrasse ces deux hypothèses, mais il faut encore éprouver sa validité dans le cas de service juridique.

Service juridique ? Le service juridique pourrait recouvrir toute activité en lien avec le droit, de l'information à la représentation en passant par l'information et la formation. En ce sens, le téléservice juridique désignerait les prestations fournies à l'occasion de contrat divers (entreprise, mandat, dépôt, travail) ayant un rapport avec l'activité juridique.

Néanmoins, le service juridique ne présenterait alors guère de spécificité. Ou plutôt, on retrouverait le même type de questions pour l'ensemble des services en les analysant sous l'angle du secteur d'activités. D'où la tentation de poursuivre la réflexion sur le service juridique en insistant sur le critère de la norme. Le service juridique serait celui qui a trait au jeu des normes et qui fait lui-même l'objet de certaines normes.

À cette condition, le service juridique pose un problème jusqu'alors dissimulé. Certains services juridiques étant soumis à une réglementation particulière, leur exercice en ligne pourrait poser des difficultés originales ou supplémentaires.

En droit français, la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 limite les acteurs de certaines prestations de nature juridique. Certes, il n'existe pas de monopole du droit qui empêcherait l'exercice de téléservices juridiques. De nombreuses activités sont accessibles à toute personne, notamment pour la formation et l'information (art. 66-1). Cela explique le recours courant à l'expression « périmètre du droit », qui n'est guère plus éclairante car elle suggère qu'en dehors du cercle, cela ne relèverait plus du droit.

En réalité, il existe plusieurs degrés dans la prestation susceptible d'être fournie. Pour simplifier, les restrictions visent les missions d'assistance et de représentation, ainsi que la consultation et la rédaction d'actes.

Deux types de prestations juridiques coexistent donc, chacune soumise à un régime particulier. Précisément, c'est la différence entre ces services à caractère juridique qui suscite des difficultés de qualification, certains acteurs tentant de jouer dans les interstices existant entre les qualifications. Le problème posé pour les services juridiques est-il renouvelé en présence de téléservices juridiques ?

Certains services juridiques étant soumis à une réglementation particulière, leur exercice en ligne pourrait poser des difficultés originales ou supplémentaires.

I. Hypothèses classiques de conflits de qualifications

Assistance. La question est en principe la plus simple, la loi française réservant l'activité d'assistance et de représentation aux avocats. Même si de fait, de multiples exceptions existent, la ligne tracée est assez claire et rejoint la distinction classique entre judiciaire et juridique. Il faut néanmoins souligner que l'assistance comprend la phase qui précède immédiatement le contentieux, qui rejoint les difficultés posées par les consultations juridiques.

Consultation. Le système implique plusieurs distinctions subtiles, mais repose

principalement sur une exigence de compétence et sur l'exercice d'une profession réglementée à titre principal (avocats aux conseils, avocats, notaires, etc.) ou à titre accessoire. Les frontières sont ténues et suscitent depuis longtemps de vives querelles entre les différentes professions qui fournissent des conseils aux entreprises.

L'affaire *Alma consulting* permet de mieux cerner le problème et d'esquisser une définition. Cette société est spécialisée dans le conseil opérationnel en réduction de coûts, ce qui la conduit notamment « à faire rechercher toute imputation de coûts juridiquement infondée et, de manière générale, toute possibilité d'obtenir des économies par le biais de toute réduction de taux (...) ». La société prévoyait qu'en cas de difficulté nécessitant une démarche contentieuse, elle recourrait à des avocats.

La Cour de cassation a cependant souligné qu'« en amont des conseils donnés en phase contentieuse, la vérification, au regard de la réglementation en vigueur, du bien-fondé des cotisations réclamées par les organismes sociaux au titre des accidents du travail constitue elle-même une prestation à caractère juridique, peu important le niveau de complexité des problèmes posés » (Cass. civ. 1re 15 nov. 2010, n° 09-66.319). Tâchant de définir la consultation juridique, l'arrêt ne retient pas le critère de la complexité, soulevé par la société. Il ne s'agit donc pas de distinguer selon le niveau d'expertise requis mais plutôt suivant le type de conseil.

De manière positive, l'arrêt de renvoi insiste sur l'analyse de la situation et la résolution des difficultés utiles afin de concourir à la prise de décision (Paris, 18 sept. 2013). La consultation est un conseil personnalisé, ce qui rejoint la définition retenue par le CNB en 2011 ou une réponse ministérielle plus ancienne (Rép. Min. 8 juin 1992, *JOAN Q* 8 juin 1992, p. 2523).

Cependant, l'arrêt utilise également la notion de « prestation juridique ». Si l'on écarte l'hypothèse d'une confusion entre consultation et prestation, il faudrait trouver le critère de la prestation dans la consultation, ce qui conduirait alors à écarter du champ des prestations juridiques un certain nombre de services qui ont bien trait au droit (information et formation notamment). La difficulté tient essentiellement aux subtilités de la loi de 1971, qui mériterait sans doute d'être refondue. Le maintien de la frontière aboutit à utiliser parfois la notion de prestation juridique, laquelle ne vise pourtant que certaines des prestations à caractère juridique faisant l'objet d'une réglementation.

Rédaction d'actes. Un dispositif similaire, quoiqu'un peu plus restrictif, s'applique à la rédaction d'actes. En pratique, on oppose donc la rédaction d'actes à la fourniture de simple modèles types de contrats. La jurisprudence a admis la validité du travail réalisé par les éditeurs juridiques qui proposent des formules de contrats, puisque les parties reprennent un contrat vierge qu'ils remplissent et adaptent. Tout autre est *a priori* la mission confiée au rédacteur d'acte, qui est d'assurer la validité et l'efficacité de l'acte ainsi créé. Les parties confient à un tiers le soin d'exprimer au mieux leur volonté commune. En retour, celui-ci répondra de l'éventuelle inadaptation des effets de l'acte au projet des parties.

Sans développer plus avant, on retrouve une idée similaire de personnalisation de l'acte, parfaitement ajusté aux attentes exprimées par les contractants, à l'opposé du « surgelé contractuel ».

Mais la personnalisation suppose, semble-t-il, un rapport humain. En quoi le téléservice, le recours à la technologie numérique, affecterait-il ce rapport ? Se pourrait-il que le recours au téléservice juridique modifie la qualification du service proposé ?

2. Hypothèses renouvelées de conflits de qualifications

Assistance et intermédiation. De nombreux sites proposent des prestations de mise en relation avec des professionnels du droit. Certains vont plus loin. Ainsi, le site Desunion.org propose de démarrer « un processus automatisé menant à la décision de justice en divorce » (site consulté le 15 février 2014). L'objectif du site semble apparemment de suivre des clients tout au long d'un processus qui aboutira au prononcé judiciaire du divorce. La prestation est réalisée par la technique du mandat donné au site de suivre le dossier jusqu'à l'obtention de la décision de justice prononçant le divorce. Il est précisé que « ce mandat contient la possibilité d'un sous-mandat pour faire intervenir les avocats indispensables à l'obtention d'une décision de justice ». Les démarches sont censées se dérouler en quatre étapes : préparation du dossier, rédaction, tribunal, transcription. De fait, dans les quatre étapes recensées, trois nécessitent le ministère d'avocat.

Certes, on pourrait considérer que ce site référence des avocats partenaires vers lesquels il dirige les clients. Il s'agirait alors d'une variété d'annuaire permettant de mettre en relation des clients et des avocats. Mais le site prévoit la possibilité d'un sous-mandat. Or, pour qu'il puisse y avoir sous-mandat, il faut bien qu'ait été confié mandat de régler l'ensemble des aspects du divorce, ce qui intègre nécessairement des prestations juridiques au sens retenu par la Cour de cassation. Du coup la frontière devient bien mince et l'on peut douter de la qualification affichée.

Néanmoins, l'aspect technique du téléservice n'emporte pas de modification substantielle, si ce n'est la puissance de communication d'un tel site par rapport aux restrictions importantes imposées aux avocats sur ce terrain. Le service proposé est sans doute contestable, mais ne renseigne guère sur la nature du téléservice juridique.

Consultation et information juridique. Les éditeurs produisent de l'information juridique et offrent également des formations. Grâce à leur plate-forme en ligne, ils peuvent également offrir des renseignements. Ainsi, le site Dalloz.fr propose une prestation dénommée « L'appel expert ». La réponse est apportée par téléphone, une documentation exhaustive étant envoyée par la suite. Le site précise bien qu'il ne s'agit pas de consultation juridique mais de renseignements. Sur l'une des pages web, on trouve un recensement des questions les plus courantes, assorties des réponses apportées.

« L'assemblée générale peut-elle autoriser un copropriétaire à réaliser un agrandissement alors que le règlement de copropriété interdit de modifier l'aspect extérieur de l'immeuble ? » La question est bien posée et suivie d'une réponse en 20 lignes, comprenant des

références légales et jurisprudentielles. Il ne s'agit pas, à s'en tenir à ces éléments, d'une consultation juridique.

Mais le mécanisme même est plus compliqué à analyser. Car, avant la formulation d'un problème de droit, posé en ces termes très généraux, il faut une question concrète posée. Or en présence d'un problème individuel, il est nécessaire de procéder à un travail de qualification, avant de pouvoir apporter une réponse générale. Ce travail de qualification, même modeste, n'entre-t-il pas déjà dans le domaine de la consultation ? De la généralité à l'individualisation, la frontière est mince.

Rédaction d'actes et modèles types de contrat. Le site Testamento.fr propose d'obtenir « en quelques clics [un] modèle *individualisé* de testament ». Il semble fonctionner sur un modèle de formulaire type de contrat à faire recopier par les intéressés (le testament olographe devant être manuscrit). Est-ce un testament-type, une formule prête à l'emploi qui pourrait être recopiée en remplissant les trous ? Est-ce un acte résultant d'une analyse de la situation individuelle du client et adaptée à ses attentes individuelles ? Selon l'angle retenu, les deux qualifications paraissent recevables.

A priori, un tel site propose une banque de modèles de testaments dont les clauses peuvent être modulées en fonction de la situation. Plutôt que d'avoir une multitude de modèles de testaments suivant la situation conjugale, la présence d'enfants communs, le patrimoine, etc., le site ne fournit qu'un modèle prêt à l'emploi.

Mais ce modèle dépend de la situation personnelle du client, il est individualisé au terme d'un questionnaire qui détermine l'insertion de telle ou telle clause dans le modèle. Du clausier au questionnaire en ligne, l'écart est-il si important qu'il conditionne la validité du service ? À vrai dire, c'est précisément la notion de téléservice juridique qui est ici en cause.

Concrètement, en l'absence de logiciel de rédaction assistée, la rédaction d'un acte juridique nécessiterait soit de le composer à partir de modèles existants, soit de le faire rédiger par un tiers.

Or c'est tout l'intérêt d'une technologie de ce type que de rendre accessible des modèles individualisés, personnalisés. Non pas certes au point d'être ajustés aux attentes des parties ; non pas évidemment garantis contre le défaut de validité ou d'efficacité. Mais des actes juridiques rédigés par les intéressés eux-mêmes à partir des modèles les plus proches de leur situation.

Et si l'on songe à l'utilisation par les professionnels du droit eux-mêmes de logiciels basés sur la même technologie, comment raisonner autrement ? Il faudrait considérer que ce soit l'utilisation du logiciel qui fonde le travail du rédacteur, plutôt que ce soit le rédacteur qui, partant d'une formule la plus proche de son objectif, l'ajuste aux besoins de ses clients. C'est dans l'intervalle entre la formule totalement abstraite et l'acte sur mesure que s'insère l'aide à la rédaction.

Cette technique n'est pas neutre. Elle ne se contente pas de modifier l'exercice de la relation de service entre les prestataires et le client. Elle conduit à reconfigurer les positions des contractants.

Aussi la nature du téléservice juridique ne peut-elle être assimilée à celle du service juridique. Et si l'on tient alors à dégager un régime juridique adapté, sans doute faut-il tenir compte du changement technologique à l'œuvre.

Gaël CHANTEPIE
Professeur à l'université Lille 2
Lille, France
gael.chantepie@univ-lille2.fr

1 L'équipe Demogue du Centre de recherches Droits et Perspectives du droit (CRD&P – EA 4487) a organisé une matinée d'étude aux Téléservices juridiques transfrontaliers le 7 février 2014, dans le cadre d'un projet financé par l'université Lille 2 et Lille Métropole Communauté Urbaine.



Pratique du Droit
Legal Practice
Ejercicio de la Abogacía



An Anti-Corruption Enforcement Focus on Foreign Finders

Arthur D. MIDDLEMISS & Melissa M. PRICE



It is no secret in the international community that U.S. enforcement authorities are unabashedly reaching outside their territorial boundaries to enforce U.S. laws on foreign businesses and individuals alike. Third parties engaged to help businesses secure business present particular corruption-related risk. A recent U.S. enforcement matter involving "foreign finders," i.e. third parties engaged by U.S. broker-dealers of securities to find clients outside the U.S., emphasizes why companies need to create and execute meaningful compliance controls governing the engagement of such third parties.

In the U.S. and elsewhere, it is a well-known maxim: Examiners examine. That is what they do. Proper exam preparation – asking the right questions ahead of time – makes life easier for everyone. Post-examination MRAs (matter requiring attention), or worse MRIAs (matter requiring immediate attention) are sure weekend-spoilers: working frantically at a compliance department flung pell-mell into an expensive, disruptive flurry of reactive compliance remediation is no way to spend a Saturday. The smart money, and more and more of it according to recent reports by a major global forensic accounting firm, is on proactive compliance assessments. This year, U.S. securities dealers subject to regulation by U.S. securities examiners received a pointed reminder of the fact that foreign finders should be an area of compliance focus.

In May 2013 (additional charges were brought in June), the U.S. Securities and Exchange Commission ("SEC") and Department of Justice ("DoJ") charged employees of a New York broker-dealer, Direct Access Partners ("DAP"), with participating in a kickback scheme to win bond trading business from BANDES (Banco de Desarrollo Economico y Social de Venezuela), the Venezuelan state economic development bank. Per the allegations, a Venezuelan foreign official pocketed more than $5 million in bribes while DAP generated more than $66 million in fees by executing bond transactions on behalf of BANDES. A SEC examination of the broker-dealer led to the prosecution.

According to the complaints, DAP employees violated the U.S. Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA") and other laws by funneling bribes to the foreign official via its foreign finders. What does this mean for broker-dealers who use foreign finders? The die is cast. U.S. authorities are now focused on foreign finders not just because they generally represent an elevated anti-money laundering risk, but specifically because they present anti-bribery and corruption risk. Many firms may seek to enhance their anti-bribery and corruption controls as a result.

Foreign finders refer clients to U.S. brokerages for a fee. A foreign finder does not need to register with the Financial Industry Regulatory Authority ("FINRA")[2], one of the U.S. securities enforcement agencies, and is not considered an associated person of the member firm. Therefore, FINRA restricts the finder's activity on behalf of a firm to referrals. FINRA considers foreign finders a particularly risky area for money laundering that may "pose compliance risks" and "elevate a firm's AML risk level."[3] That said, there is only one rule that discusses foreign finders and their use by member firms. NASD Rule 1060(b) permits a member firm to pay a foreign finder "transaction-related compensation" if:

1) the firm has confirmed that the foreign finder is not required to register in the U.S. as a broker/dealer nor is subject to disqualification;

2) the finder is a foreign national or entity domiciled abroad;

3) the customers referred to the U.S. brokerage firm by the finder are foreign nationals or entities;

4) customers receive a document disclosing what compensation is being paid to the finder;

5) customers provide written acknowledgement of the compensation arrangement and the firm keeps a copy of such acknowledgement;

6) the firm maintains records reflecting finder compensation; and

7) the confirmation of each transaction indicates that compensation is being paid.

In anti-bribery and corruption compliance parlance, foreign finders are third party intermediaries engaged to assist in developing business. As illustrated by a rash of recent FCPA prosecutions involving other industry sectors, particularly pharmaceuticals, such third party intermediaries present high corruption-related risk. Why? Finders, like foreign sales

> Finders, like foreign sales agents, provide value because they offer access to otherwise inaccessible markets.

agents, provide value because they offer access to otherwise inaccessible markets. The corruption-specific risk is that finders will obtain that access by paying bribes.

Yes, there is gambling in Casablanca. The "head-in-the-sand" defense, i.e. how was I supposed to know the finder was a bad guy, will not work, especially if the finder operates in a high corruption risk jurisdiction (in the DAP case the jurisdiction was Venezuela) and the firm conducted inadequate pre- and post-engagement due diligence and relationship monitoring. The bottom line is that an entity can be held criminally accountable if it ignores a high probability that a third party intermediary acting on its behalf will engage in corrupt activity – even if the entity has not directed them to do so.

Examiners will require broker-dealers to insulate themselves from corruption-related risk posed by foreign finders via adequate due diligence, of the type spelled out in the November 2012 SEC/DoJ authored FCPA compliance guidance. In particular, broker-dealers will be expected to:

- Know the finder's principals.
- Understand that finder's corporate structure.
- Determine whether the finder has a negative reputation.
- Find out whether the finder employs current or former government officials.
- Understand the finder's association with relevant customers and government officials.
- Be able to articulate a sound business rationale for the engagement.
- Document the reason the firm needs to hire the finder.
- Pay the finder market-rate fees proportionate to the services actually rendered.
- Tender the fees to an account in the finder's name located in the jurisdiction where the finder resides or is providing services (or be able to explain why it did not).
- Include specific anti-corruption representations and warranties in the contractual agreement.
- Ensure the finder understands the importance of the FCPA by providing anti-corruption related training.
- Review and update the due diligence on a periodic basis.

In March 2011, FINRA issued a Notice to members (Regulatory Notice 11-12) reminding firms of their obligations under the FCPA. For U.S. member firms that utilize foreign finders, the DAP case is a sure sign of the direction FINRA (and the SEC) will go. To all firms, this case should serve as a reminder that strong compliance controls involving third party due diligence are of paramount importance. What you do not know, or should have known, can hurt you – and your company should be set up to find out the required information in a way that is systemic and auditable. Acting now to shore up compliance controls and eliminate corruption-related risk could preserve many a future sunny Saturday.

Arthur D. MIDDLEMISS
Lewis Baach pllc Kaufmann Middlemiss
The New York Office of Lewis Baach pllc
arthur.middlemiss@lewisbaach.com

Melissa M. PRICE
Lewis Baach pllc Kaufmann Middlemiss
The New York Office of Lewis Baach pllc
melissa.price@lewisbaach.com

Attorney Advertising:
The enclosed materials have been prepared for general informational purposes only and are not intended as legal advice.

1 Press Release: SEC Charges Traders in Massive Kickback Scheme Involving Venezuelan Official (May 7, 2013), available at: www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1365171514248#.UjyjS4ZQHu8.

2 FINRA is the largest self-regulatory organization in the U.S. securities industry. It performs financial regulation of member brokerage firms and exchange markets based on the federal securities laws. It is the successor to the National Association of Securities Dealers, Inc. (NASD) and the regulatory, enforcement and arbitration operations of the New York Stock Exchange.

3 *FINRA 2012 Regulatory and Examination Priorities Letter* (Jan. 31, 2012), available at: www.finra.org/web/groups/industry/@ip/@reg/@guide/documents/industry/p125492.pdf. Although here we focus on corruption-related risk associated with foreign finders, firms should remain vigilant on the AML front as well. The 2012 Regulatory and Examination Priorities Letter singled out foreign finders, and the topic was scheduled for discussion as a "Substantive Area of Interest" at the *2013 FINRA Annual Conference Enforcement Developments Panel* (May 22, 2013), available at: www.finra.org/web/groups/industry/@ip/@edu/@mat/documents/education/p253848.pdf. Also of note: the Bulltick Securities FINRA matter (FINRA Case No. 2009015969501) involved allegations that foreign finders, through intermediaries, controlled customer accounts and engaged in suspicious trading activity that the firm did not address from an AML perspective. *Bulltick Securities Letter of Acceptance, Waiver and Consent* (Nov. 14, 2011), available at: http://disciplinaryactions.finra.org/viewdocument.aspx?DocNB=27450.

4 A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, (Nov. 2012), available at: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/.



Transfert transfrontalier de siège social

État des lieux français et détail du processus entre la France et l'Espagne

Virginie MOLINIER

Les sociétés ont, comme les personnes physiques, un domicile. Au sein de ce domicile, se trouvent la direction effective de la société, ses organes décisionnels et ses principaux services administratifs. Le siège social doit être mentionné dans les statuts, ainsi que sur les papiers d'affaires (notamment les factures) et le site internet de la société.

Le choix du siège social commande, pour une large part, le statut juridique de la société, puisque c'est à partir du siège social que se déterminent :

- la nationalité de la société et, par conséquent, la loi applicable à celle-ci ;
- les tribunaux compétents pour connaître des litiges la concernant ;
- le lieu où doivent être accomplies les formalités légales de publicité permettant aux associés et aux tiers d'être informés des changements affectant la société.

Pour des raisons opérationnelles (notamment pour rapprocher l'entreprise de ses clients, de ses fournisseurs, voire de sa main-d'œuvre) ou d'optimisation fiscale, les sociétés peuvent décider de transférer leur siège social dans un autre État que leur État d'origine.

Au niveau européen, le seul texte actuellement disponible en la matière est le règlement relatif à la société européenne[1] qui énonce en son article 8[2] la possibilité pour une société européenne de transférer son siège social vers un autre État membre sans perdre sa personnalité juridique. Pour mémoire, les règlements européens sont applicables dans les États membres dès leur publication au Journal Officiel de l'Union européenne. Ce règlement est donc applicable dans tous les États membres depuis 2001, mais ne concerne que les sociétés européennes, c'est-à-dire les sociétés établies sur plusieurs États membres, dont le nombre est actuellement très réduit.

Toutefois, la question du transfert de siège social est d'actualité puisqu'une directive est en cours d'élaboration pour toutes les sociétés des États membres, quelle que soit leur forme. De même, la Commission a lancé une enquête début 2013 sur les attentes des acteurs économiques quant aux possibilités pour les sociétés de transférer le siège social dans un autre État membre.

En pratique, si la possibilité pour une société d'un État membre de transférer son siège social dans un autre État membre n'est pas légiférée au niveau européen, elle a été initiée par la pratique des sociétés européennes et a été progressivement reconnue par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), en vertu du principe européen essentiel de liberté d'établissement.

Dans cette reconnaissance du transfert du siège social, la CJUE a procédé par étapes, partant d'une position très restrictive et fermée, pour s'ouvrir progressivement:

- dans sa position initiale, la Cour de Justice affirme en 1988, dans son arrêt *Daily Mail*[3], que le transfert de siège social d'une société d'un État membre à un autre est permis mais pas inclus dans la liberté d'établissement (« *les règles sur la liberté d'établissement ne pouvaient pas être invoquées pour réaliser le transfert de ce siège contre la volonté des États*[4] »). En pratique, la CJUE laisse donc aux États membres une liberté importante pour appréhender, dans leur propre législation, le transfert de siège social.
- Dans un deuxième temps, en 2008 (soit vingt ans après avoir jugé le contraire), la Cour de justice[5], dans son arrêt *Cartesio*, facilite de manière considérable la mobilité des sociétés, incluant le transfert de domicile sans perte de personnalité juridique dans le principe de liberté d'établissement. Ainsi, une société d'un État membre doit pouvoir s'établir dans un autre État membre en se transformant en une forme de société de droit de cet État, sans que sa dissolution et sa liquidation soient nécessaires, c'est-à-dire en gardant la même personnalité juridique.
- En 2012[6], dans son arrêt *Vale Epitési*, la Cour de Justice a confirmé et précisé de manière explicite le droit d'une société au transfert transfrontalier de siège dans un autre État membre, sans perte de sa personnalité morale, comme manifestation du principe de liberté d'établissement appliqué aux personnes morales.

En se fondant sur la liberté d'établissement, la Cour de Justice de l'Union européenne reconnaît donc le droit pour une société d'un État membre de transférer son siège social dans un autre État membre, et par là même, d'opérer une transformation transfrontalière intracommunautaire.

À l'inverse, le transfert du siège à l'extérieur de l'Union entraîne la perte de la personnalité morale, sauf à ce qu'une convention entre la France et le pays d'accueil tiers prévoie le contraire. Cependant, à ce jour, il n'existe aucune convention de la sorte.

La présente contribution traitera des principales formalités et effets liés au transfert du siège social d'une société française vers un autre État membre et inversement, en donnant un éclairage particulier sur le transfert du siège social d'une société entre la France et l'Espagne.

1. Sur le transfert du siège social d'une société française vers un autre État membre

1.1. Règles juridiques

Le transfert du siège social d'une société française ne peut, en principe, être valablement décidé qu'à l'unanimité des associés ou des actionnaires.

Des exceptions existent dans le cas des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions, pour lesquelles l'assemblée générale extraordinaire pourra changer la nationalité de la société. L'article L.225-97 du Code de commerce autorise en effet le changement de nationalité de la société sur décision de l'assemblée générale extraordinaire (statuant à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés) si le pays d'accueil a conclu avec la France une convention spéciale *« permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire et conservant à la société sa personnalité juridique ».*

La France n'a cependant pas conclu, à ce jour, de conventions spéciales. Cet assouplissement prévu par l'article L.225-97 du Code de commerce n'est donc que théorique et en pratique, toute décision de transfert de siège social supposera une décision des associés ou actionnaires prise à l'unanimité.

S'agissant du transfert du siège social d'une société français au sein de l'Union européenne, le processus juridique à mettre en œuvre est principalement déterminé en fonction des exigences du pays d'accueil. Du point de vue français, seuls les documents suivants sont exigés[7] par les sociétés françaises désirant transférer leur siège social dans un autre pays membre de l'Union européenne, à savoir :

- la décision unanime des associés ou actionnaires de la société, décidant le principe du transfert de siège vers le pays de destination ;
- et la publication du transfert dans un journal d'annonces légales.

Après immatriculation de la société au registre public du pays d'accueil, et en justifiant de cette immatriculation par la production de l'extrait d'immatriculation émis par le registre compétent (traduit par un traducteur assermenté et apostillé), une requête doit être adressée au Juge commis à la surveillance du registre du commerce, afin de procéder à l'inscription du transfert de siège vers le pays d'accueil et à la radiation de la société au registre du commerce en France.

Sous réserve de respecter les règles de transfert françaises et les formalités de constitution du pays d'accueil, la société ne sera plus soumise à la loi française mais au droit du pays d'accueil. Elle adoptera également la forme juridique la plus similaire à la sienne dans le pays d'accueil.

1.2. Incidences fiscales

Sur le plan fiscal, le transfert de siège social d'une société passible de l'impôt sur les sociétés (IS) vers un État membre de l'Union européenne, réalisé à compter du 14 novembre 2012 et accompagné du transfert d'éléments d'actif, entraîne l'imposition des plus-values latentes et des plus-values en report ou sursis d'imposition constatées sur les éléments transférés (article 221-2 du Code général des impôts).

L'impôt est acquitté, au choix de l'entreprise, soit pour son montant total dans les deux mois du transfert des actifs, soit pour un cinquième de son montant, le solde devant être versé par fractions égales au cours des quatre années suivantes et, au plus tard, à la date d'anniversaire du premier paiement.

Par ailleurs, lorsque la France aura conclu avec certains pays des conventions spéciales, le transfert dans l'un de ces pays du siège d'une société par actions en vertu d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire pourra ne pas entraîner l'exigibilité des impositions normalement dues en cas de dissolution (article 221,3 du Code Général des Impôts). À nouveau, cette disposition n'a pas d'incidence pratique à l'heure actuelle puisqu'il n'existe encore aucune convention spéciale sur le sujet.

En conséquence, le transfert de domicile entraîne une imposition contestée par la doctrine puisqu'elle apparaît comme un obstacle à la liberté d'établissement, et pourrait être remise en question par la CJUE.

2. Sur le transfert du siège social d'une société d'un autre État membre en France

La réalisation du transfert du siège social d'une société d'un autre État membre vers la France est soumise aux conditions de validité prévues par la loi du siège social d'origine sans que la société perde la personnalité morale. Une fois le transfert de siège social effectué, la société ne peut plus se prévaloir du droit de son pays d'origine[8] et relève alors du droit français.

Dans le cas du transfert de siège social d'une société d'un autre État membre vers la France, les documents suivants doivent être établis et produits au greffe du tribunal de commerce :

1) la décision des associés de la société décidant le principe du transfert de siège vers la France et sa transformation sous la forme d'une société de droit français avec adoption de nouveaux statuts sous cette forme, le cas échéant la conversion du capital social en Euros, la nomination de nouveaux dirigeants, le cas échéant, de commissaires aux comptes, ainsi que l'octroi de pouvoirs pour réaliser les formalités d'immatriculation en France et prendre à bail des locaux en France afin d'établir le nouveau siège social ;

2) une requête auprès du Juge commis à la surveillance du registre du commerce, demandant l'autorisation de procéder à l'inscription du transfert de siège social de la société étrangère au registre du commerce en France ;

3) en outre, les mêmes formalités que lors d'une constitution de sociétés sont requises, à savoir : publicité dans un journal d'annonces légales en France, lettres d'acceptation des commissaires aux comptes, le cas échéant, pièces d'identité des dirigeants de la société, attestation sur l'honneur des dirigeants par laquelle ils affirment n'avoir fait l'objet d'aucune

S'agissant du transfert du siège social d'une société français au sein de l'Union européenne, le processus juridique à mettre en œuvre est principalement déterminé en fonction des exigences du pays d'accueil.

condamnation pénale, ni de sanction civile ou administrative de nature à leur interdire l'exercice d'une activité commerciale, attestation de domiciliation pour les nouveaux locaux en France;

4) par ailleurs, sont également produits à l'appui de la demande d'immatriculation les documents attestant de l'immatriculation effective de la société dans son pays d'origine et de l'accomplissement des formalités nécessaires à son transfert en France;

5) après dépôt du dossier complet au greffe du tribunal de commerce et autorisation du président du tribunal de commerce, il est procédé à l'immatriculation de la société au registre du commerce français. Sur présentation de l'extrait K-bis de la société attestant de son immatriculation en France, le registre des sociétés du pays d'origine procédera alors à la radiation de la société.

Il est important de noter que l'ensemble des documents émis dans le pays d'origine et adressés au greffe du tribunal de commerce du pays d'accueil ainsi que ceux présentés au greffe du tribunal de commerce français doivent être certifiés conformes, traduits par un traducteur assermenté et revêtus de l'apostille visée à l'article 4 de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961.

Dès lors qu'il n'y a pas perte de la personnalité morale de la société transférée, celle-ci pourra être immatriculée au registre du commerce et des sociétés en France, pour autant que sa forme d'origine soit compatible avec les exigences du droit français. Dans l'attente de son immatriculation en France, la société conservera la personnalité morale née à l'étranger.

En conclusion, même en l'absence de toute directive européenne, le transfert de siège social depuis ou vers la France est possible. La procédure mise en place a d'ailleurs déjà fait ses preuves, même si cette pratique est encore marginale.

En pratique, il est intéressant de voir que les données auxquelles nous avons pu accéder indiquent qu'entre 2004 et 2011, le greffe du tribunal de commerce de Paris a enregistré le transfert de siège social de deux sociétés françaises vers l'étranger et l'immatriculation, par suite de transfert de siège social, de quatre sociétés étrangères vers la France.

3. S'agissant tout particulièrement du transfert de siège social d'une société française vers l'Espagne et vice versa, voici la procédure à suivre

3.1. Sur le transfert de siège social d'une société française vers l'Espagne

Étape préliminaire en France: annonce du projet de transfert

La première étape consiste à déposer auprès du greffe du tribunal de commerce compétent le projet de transfert de siège social envisagé en Espagne. Ce projet de transfert est établi par l'organe de direction ou d'administration de la société et mentionne les aspects essentiels de l'opération. Il s'accompagne des pièces suivantes:

- l'acte constatant la décision prise à l'unanimité des associés ou actionnaires de transférer le siège social, certifié conforme par le représentant légal de la société;
- le formulaire CERFA n° 11682*01 intitulé *« Déclaration de modification – personne morale »*, comportant à la rubrique *« Observations »* la mention *« Projet de transfert du siège social à compter du [date d'effet] à [nouvelle adresse] »*. Un exemplaire doit être adressé au greffe du tribunal de commerce et un autre au centre de formalités des entreprises;
- un pouvoir en original du représentant légal s'il n'a pas signé lui-même le formulaire CERFA n° 11682*01;
- une attestation de parution de l'avis de modification des statuts indiquant le changement d'adresse du siège social dans un journal d'annonces légales français;
- le règlement du coût des formalités de publicité.

Étape intermédiaire en Espagne: publication de l'existence de la société

- L'article 94 de la loi 3/2009 intitulée *« sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles »* rappelle que le transfert de siège social d'une société sur le territoire espagnol n'a aucune incidence sur la personnalité morale de la société. En pratique, la société française transférant son siège social en Espagne doit se conformer aux exigences requises par la loi espagnole pour la constitution de sociétés et adopter la forme sociétale la plus similaire à la sienne;
- en conséquence, la décision de transfert du siège social doit être constatée par acte authentique par devant notaire espagnol et inclure les renseignements de la société figurant au registre du commerce et des sociétés français. Ces documents devront par la suite être certifiés conformes, traduits en français par un traducteur assermenté et revêtus de l'apostille visée à l'article 4 de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, afin de pouvoir être présentés au registre du commerce français;
- l'acte authentique doit être adressé au registre public espagnol compétent aux fins d'immatriculation de la société et d'analyse des formalités obligatoires prévues par la loi espagnole;
- enfin, la société objet du transfert doit déposer auprès du registre public espagnol compétent les comptes annuels correspondant à son dernier exercice social clôturé en France.

Étape finale en France: inscription de la nouvelle société

L'étape finale consiste à déposer auprès du greffe du tribunal de commerce compétent la demande de radiation de la société du registre du commerce et des sociétés. À cet effet, les documents suivants doivent être adressés:

- deux exemplaires originaux d'une requête adressée au juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés, demandant l'autorisation de procéder au transfert de siège social de la société en Espagne et la radiation du registre du commerce et des sociétés avec maintien de la personnalité morale;

- un justificatif original et récent de l'immatriculation de la société au registre public espagnol (extrait d'immatriculation) ;

- le formulaire CERFA n°11685*01 intitulé *« Déclaration de radiation – personne morale ».* À nouveau, un exemplaire doit être adressé au greffe du registre du commerce et des sociétés et un autre au centre de formalités des entreprises;

- un pouvoir en original du représentant légal s'il n'a pas signé lui-même le formulaire CERFA n° 11685*01.

3.2. Sur le transfert de siège social d'une société espagnole vers la France

Éapes préliminaire en Espagne: annonce du projet de transfert

- Les dirigeants de la société espagnole doivent rédiger un projet de transfert qui sera déposé auprès du registre public espagnol ainsi qu'un rapport expliquant et justifiant de façon détaillée le projet de transfert (articles 95 et 96 de la loi du 3/2009) ;

- le transfert de siège social relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale des associés ou actionnaires. La convocation à l'assemblée générale doit être adressée au moins deux mois avant la tenue de l'assemblée générale sans pouvoir être adressée avant que le projet de transfert n'ait été déposé auprès du registre public espagnol;

- le transfert de siège social de la société espagnole en France doit être adopté par les associés ou actionnaires selon les règles légales posées par la loi espagnole selon le type de société transférée:

  - sans les sociétés anonymes, il sera nécessaire d'obtenir, lors de la première convocation, 50 % des voix des actionnaires présents ou représentés. Lors de la seconde convocation, seule 25 % des voix des associés présents ou représentés sera exigée (article 194 de la *« Ley de sociedades de capital »;*
  - Dans les sociétés à responsabilité limitée, il sera exigé une majorité des deux tiers des voix dont disposent les associés présents ou représentés (article 199 de la *« Ley de sociedades de capital »*);

- la décision de transfert du siège social doit être constatée par acte authentique et déposée auprès du registre public espagnol;

- après examen de l'acte authentique et confrontation avec les données enregistrées auprès du registre public, ce dernier établira un certificat accréditant de la bonne exécution par la société objet du transfert des actes et démarches exigés préalablement au transfert.

Étape intermédiaire en France: inscription de la société

Ainsi que cela a déjà été rappelé, les documents suivants sont à déposer au greffe du tribunal de commerce compétent:

- deux exemplaires originaux d'une requête, adressée au Juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés, demandant l'autorisation de procéder à l'inscription du transfert au registre du commerce et des sociétés compétent;

- une attestation émanant du registre public espagnol établissant que la législation espagnole autorise le transfert de siège d'une société espagnole à l'étranger ainsi que sa transformation, avec maintien de la personnalité morale, en société d'une forme relevant de la législation française;

- une copie de l'acte authentique constatant la décision des associés de transférer le siège et de transformer la société en société de droit français, certifiée conforme par le représentant légal;

- tout document établissant que les formalités de publicité rendues nécessaires par le transfert de siège ont bien été accomplies dans le pays d'origine;

- un extrait d'immatriculation de la société au registre public espagnol.

Étape finale en Espagne et en France

- le transfert de siège social ne sera effectif que lors de l'inscription de la société auprès du registre français laquelle interviendra après dépôt de la requête adressée au Juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés;

- la radiation de la société du registre public espagnol n'interviendra, quant à elle, qu'après l'inscription de la société auprès du registre du commerce et des sociétés français. Pour se faire, l'extrait K-bis de la société (traduit par un traducteur assermenté et revêtu de l'apostille) délivré par le registre du commerce et des sociétés devra être transmis au registre public espagnol qui procèdera à la radiation.

Virginie MOLINIER
M & B Avocats - Abogados
Barcelone, Espagne
v.molinier@mbavocats.eu

1 Règlement CE n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2011 relatif au statut de la société européenne (SE).

2 Article 8, al. 1er du Règlement CE n° 2157/2001 : *« Le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre État membre conformément aux paragraphes 2 à 13. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle ».*

3 CJCE (devenue CJUE) 27 septembre 1988, The Queen c/ HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc, aff. 81/87, Rec. CJCE 5483.

4 J.-M. Bischoff, Aspects de droit international privé, LPA 6 avril 2002.

5 CJCE (devenue CJUE) 16 décembre 2008, Cartesio Oktato és Szolalato bt, aff. C-210/06.

6 CJUE 12 juillet 2012, Vale Epitési Kft., aff. ,C-378/10.

7 www.greffe-tc-paris.fr/fr/registre-du-commerce/rcs_fiches_pratiques.html

8 CJCE (devenue CJUE) 16 décembre 2008, Cartesio Oktato és Szolalato bt, aff. C-210/06.

Niches fiscales en Afrique

Le charme discret de l'investissement dans les institutions de microfinance en Côte d'Ivoire

Lassiney Kathann CAMARA & Aboubakar-Sidiki DIARRASSOUBA

On n'est pas tous égaux quant à l'accès au crédit, au cœur de l'économie de marché, aussi bien dans les pays dits développés que dans les pays en voie d'émergence.

Avec la bénédiction de l'État, la microfinance ou la petite finance du pauvre, dirait-on, appelle à elle les exclus du système bancaire classique.

En Côte d'Ivoire où elle est née à partir des années 1976, la microfinance est régie principalement par la loi 96-562 du 22 juillet 1996 portant réglementation des Institutions Mutualistes ou Coopératives d'Épargne et de Crédit dite IMCEC; son décret d'application n° 97-37 du 22 janvier 1997 et l'ordonnance n° 2011-367 du 3 novembre 2011 portant réglementation des Systèmes Financiers Décentralisés qui traduit un effort d'harmonisation impulsé par l'Union Économique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) et la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO).

Afin de lutter contre la pauvreté et permettre aux populations faiblement endettées de financer leur activité à des coûts réduits, le législateur fiscal ivoirien soutient le secteur de la microfinance par un régime fiscal de faveur où foisonnent des exonérations largement consenties.

L'investisseur potentiel, voulant en outre paraître comme le bon samaritain, ne manquera surtout pas de se demander quelles sont la consistance et la portée de ces exonérations.
Nous tenterons de répondre à cette question par l'examen des exonérations applicables aussi bien aux structures de microfinance elles-mêmes (I) qu'à l'investisseur (II).

I. Les exonérations fiscales applicables aux structures de microfinance en Côte d'Ivoire

Ces exonérations concernent aussi bien les impôts indirects (A) que les impôts directs (B).

A. Les exonérations d'impôts indirects

Au principal, l'exonération couvre la taxe sur les opérations bancaires et les droits d'enregistrement.

En effet, en application de l'article 398.9 du Code Général des Impôts (CGI), les structures de microfinance implantées en Côte d'Ivoire sont exonérées de la taxe sur les opérations bancaires au taux de 5 % à raison de leurs opérations de collecte de l'épargne et de distribution du crédit y compris les paiements d'intérêts sur les crédits obtenus par leurs membres.

Par ailleurs, l'article 629 du CGI exonère des droits d'enregistrement, outre les actes concernant leurs opérations de collecte de l'épargne et de distribution du crédit, les actes portant sur les acquisitions immobilières des institutions de microfinance.

B. Les exonérations d'impôts directs

Ces exonérations concernent les impôts sur le revenu.

En effet, en application des dispositions de l'article 4 A.8 du CGI relatives à l'imposition du résultat, les structures exerçant dans le secteur de la microfinance en Côte d'Ivoire quelle que soit leur forme, sont affranchies de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux réalisés en Côte d'Ivoire soit 25 % pour les personnes morales et 20 % pour les personnes physiques.

En outre, conformément à l'article 215 du CGI, les structures de microfinance sont exonérées de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM) et de l'impôt sur le revenu des créances (IRC).

Au total, les structures n'ont à payer ni la taxe sur les opérations bancaires, ni les droits d'enregistrement, ni l'impôt sur les bénéfices, ni l'impôt sur les revenus de valeurs mobilières et l'impôt sur les revenus de créances.

Mais le législateur fiscal ivoirien a fait mieux.

II. Les exonérations applicables aux investisseurs

En complément des exonérations accordées aux structures de microfinance elles-mêmes, les membres ou clients des structures de microfinance bénéficient d'exonérations tant en matière d'impôt cédulaire qu'en matière d'impôt général sur le revenu.

Toutefois, si l'exonération des revenus périodiques est un acquis (A), celle de l'éventuelle plus value de cession des droits détenus dans une structure de microfinance, bien que non organisée par les textes, demeure possible (B).

A. L'exonération des revenus périodiques

Cette exonération impose que soit différencié selon que l'investisseur est domicilié ou résident en Côte d'Ivoire (1) ou à l'étranger (2).

1. L'investisseur domicilié ou résident en Côte d'Ivoire

Les exonérations profitent aussi bien à l'investisseur relevant de la fiscalité des entreprises (a) qu'à celui relevant de la fiscalité des ménages (b).

a) L'investisseur relevant de la fiscalité des entreprises

C'est l'hypothèse d'une entreprise individuelle ou d'une personne morale relevant de l'IBIC, et associé d'une structure de microfinance qui lui verse des dividendes ou des intérêts.

En application de l'article 4 A-8 du CGI, les rémunérations de parts sociales (dividendes) et les rémunérations de l'épargne (dépôts à terme) échappent toutes à l'IBIC.

La valeur après impôt de l'investissement est

fournie par l'équation suivante qui traduit le double niveau d'exonération[1].

En effet, chaque année, l'investissement capitalise au taux de rentabilité avant impôt dès lors que le taux d'imposition marginal BIC applicable à l'institution de microfinance (t_{bicimc}) est nul, d'où I (1+ R(1-t_{bicimc})^n.

Puis, l'investisseur perçoit la totalité de cette rentabilité sans frottement fiscal dès lors que le taux d'imposition marginal BIC applicable à l'investisseur est nul, d'où I (1+ R(1-t_{bicimc})^n (1-t_{bici}) + t_{bici}).

La supériorité fiscale d'un tel investissement est indéniable quelle qu'en soit la durée de détention par rapport à un investissement réalisé dans une société opaque de droit commun dès lors que les taux d'imposition marginaux de cette société et de l'investisseur sont supérieurs à zéro.

b) L'investisseur relevant de la fiscalité des ménages

Les rémunérations des parts sociales ou de l'épargne que l'investisseur tire de l'investissement dans une structure de microfinance seront exonérées des impôts frappant les revenus, en l'occurrence l'IRVM en ce qui concerne les distributions de bénéfices, l'IRC en raison des revenus d'épargne et l'impôt général sur le revenu (IGR), pour la totalité du revenu.

Ainsi, les rémunérations de parts détenues par l'investisseur dans une microfinance ivoirienne échappent à l'IRVM aux taux de 10 % pour les dividendes régulièrement mis en paiement par les sociétés cotées en bourse; 15 % pour les lots d'obligations; 18 % pour les dividendes prélevés sur des bénéfices exonérés de l'IBIC ou qui n'ont pas supporté l'impôt au taux de droit commun et 12 % pour tous les autres produits et toutes les sommes imposables à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

De même, les revenus de l'épargne placés auprès de ces structures se trouvent épargnés de l'IRC dont le taux de droit commun est de 18 % sous la réserve de taux plus réduits applicables aux comptes de dépôts.

À cet effet, le taux de l'IRC varie en fonction de l'échéance de compte. Il est respectivement de 13,5 %, 10 %, 5 %, 1 % selon que l'échéance est inférieure ou égale à un an, comprise entre un an et trois ans, comprise entre trois et cinq ans ou supérieure à cinq ans.

En conséquence, la rentabilité avant impôt est égale à la rentabilité après impôt en raison de ces exonérations.

1. L'investisseur domicilié ou résident à l'étranger

En droit commun, en application des articles 182 et 193 du CGI, les distributions de dividendes et les revenus de créances de source ivoirienne subissent des retenues à la source sous la réserve des dispositions de convention fiscales internationales signées par la Côte d'Ivoire ainsi que du droit communautaire de l'UEMOA, laquelle a réalisé une avancée notable dans l'harmonisation de la fiscalité[2].

Mais dans le cadre du régime fiscal applicable à l'investissement réalisé dans une structure de microfinance, le législateur fiscal ivoirien a accordé les exonérations susvisées sans distinguer selon que l'investisseur est domicilié en Côte d'Ivoire où à l'étranger.

Ainsi, en présence ou l'absence d'une convention fiscale, un investisseur domicilié à l'étranger qui investit dans une structure de microfinance en Côte d'Ivoire échappera également à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, l'impôt sur les revenus de créance, ainsi que l'impôt général sur le revenu, au titre des distributions et intérêts versés par la structure de microfinance.

Mais à l'égard de cet investisseur, le cycle de l'investissement l'oblige à prendre en compte le régime fiscal de l'investissement dans l'État de son domicile ou de sa résidence.
D'une part, même si l'investissement est fiscalisé in fine dans l'État de son domicile ou de sa résidence, l'investissement peut demeurer attractif à un double titre:

- En premier lieu, l'investissement peut capitaliser en Côte d'Ivoire un taux de rentabilité avant impôt qui peut être supérieur à celui d'un investissement alternatif dans l'État du domicile ou de la résidence.
- En second lieu, l'investissement peut bénéficier d'un différé d'imposition dans la mesure où l'imposition n'interviendra dans l'état du domicile ou de la résidence qu'une fois les revenus acquis, soit au titre de l'exercice de la distribution des bénéfices ou de l'échéance des intérêts.

À taux d'imposition constant, plus l'horizon de détention est longue, plus important est l'avantage tiré du différé d'imposition dès lors que la charge fiscale exprimée en valeur actualisée est plus faible. Il ne s'agit pas d'un simple avantage de trésorerie.

Bien entendu, les règles de lutte contre l'évasion fiscale comme le régime des sociétés étrangères contrôlées doivent être prises en compte durant l'investissement[3].

D'autre part, l'investissement peut bénéficier d'une exonération dans l'État du domicile ou de la résidence de l'investisseur, aboutissant ainsi à une véritable double non imposition.

Ce résultat peut être poursuivi par la combinaison du régime fiscal en Côte d'Ivoire et du régime très courant de société mère-fille dans l'État du domicile de l'investisseur, lequel régime permet, sous certaines conditions, d'exonérer d'impôt sur le résultat, les distributions de dividendes provenant de la filiale qui peut être une société étrangère alors même que les dividendes seraient prélevés sur des bénéfices locaux exonérés.

B. Le traitement des plus-values de cession des parts détenues dans une structure de microfinance

Lorsque l'investissement se dénoue par la cession des parts détenues dans une structure de microfinance, le droit fiscal ne prévoit pas d'exonération. Ce sont les règles de droit commun qui s'appliquent aussi bien à l'investisseur domicilié ou résident en Côte d'Ivoire (1) ou à l'étranger (2).

1. L'investisseur domicilié en Côte d'Ivoire

Si l'investisseur relevant des BIC cède ses parts détenues dans une structure de microfinance, il s'agit d'une opération taxable au taux de droit commun.

Mais la cession peut bénéficier sur option d'un

différé d'imposition, si les conditions du régime de l'exonération sous condition de remploi sont réunies.

Quant à l'investisseur relevant de la fiscalité des ménages, en application des articles 251 et 254 du CGI, la cession ne sera soumise à l'IGR au taux consolidé de 12,5 %[4] que:

- Il s'agit d'une participation substantielle représentant au moins 25 % du capital de la société;
- Le cédant a exercé au cours des cinq dernières années une fonction de dirigeants;
- La cession a été faite au profit d'un tiers;
- Le montant de la plus value dépasse 100 000 F. CFA

2. L'investisseur domicilié à l'étranger

Si l'investisseur relève de la fiscalité des entreprises, la plus value échappera à l'impôt en Côte d'Ivoire.

S'il s'agit d'une personne physique relevant de la fiscalité des ménages, elle sera soumise au traitement identique sus-examiné applicable à l'investisseur domicilié en Côte d'Ivoire, en matière d'IGR. Alors, l'investisseur pourra ainsi être imposé, ou échappé à l'impôt dans les mêmes conditions.

Au demeurant, la prise en compte de la fiscalité dans l'État du domicile ou de la résidence de l'investisseur peut aboutir à une taxation ou une exonération.

À cet égard, on peut citer les régimes fiscaux français, belge ou d'autres pays européens qui exonèrent d'impôt, les plus-values de cession de participation[5].

En résumé, on retiendra que le secteur de la microfinance en Côte d'Ivoire est dynamique et en pleine croissance.

Le régime fiscal de faveur qui l'accompagne a été consenti sans la moindre restriction si bien que les investisseurs relevant d'un taux marginal d'imposition peuvent en tirer profit en procédant à un arbitrage fiscal.

La niche de la microfinance, perçue comme la finance du pauvre pourrait bien enrichir les pauvres riches !

Lassiney Kathann CAMARA
Aboubakar-Sidiki DIARRASSOUBA
CLK Avocats SCP
Abidjan, Côte d'Ivoire
info@clkavocats.com

[1] $I(1+R(1-t_{bicimc})^n(1-t_{bici})+t^{bici})$ sachant que I = Investissement; R= taux de rentabilité avant impôt de l'investissement *(en pratique, les SFD pratiquent des taux souvent similaires à ceux des banques)* ; n = durée de l'investissement exprimée en nombre d'années; t_{bicimc} = taux d'imposition marginal BIC applicable à l'institution de microfinance et t_{bici} = taux d'imposition marginal BIC applicable à l'investisseur.

[2] Voir la Directive n°08/2008/CM/UEMOA du 26 septembre 2008 portant harmonisation des taux de l'impôt assis sur les bénéfices des personnes morales dans les États membres. La Directive n° 02/2010/CM/UEMOA du 30 mars 2010 portant harmonisation de la fiscalité applicable aux valeurs mobilière dans les États membres de l'UEMOA.

[3] Aux USA, voir le régime de la subpart F. En France voir l'article 209 B du CGI.

[4] 1/3 de la plus-value X le taux marginal d'imposition par hypothèse 36 % en application de l'article 254 CGI.

[5] Article 192 du Code des Impôts sur les Revenus belges et Article 219, I-a-quinquies du Code Général des Impôts français.



The "Benefit Corporation" in the US

Bruce M. LANDAY

Since the late 19th century, the predominant legal form for business entities in the United States has been the corporation, with its classic constituent parts: the stockholders who own it; the board of directors that directs its affairs; and the officers who execute the board's directions and manage the business day-to-day. Other entities, such as limited partnerships and business trusts, have played minor roles by comparison. Perhaps the only significant change in the array of business entities was the advent in the late 20th century of the limited liability company ("LLC")[1], which is also widely used and has a far more flexible structure than a corporation.

Different though they may be, corporations and LLCs share one primary goal: to make money for their owners. For those concerned primarily with charitable, social or environmental objectives, the not-for-profit corporation or charitable trust may be the appropriate form. In the traditional order of things, a successful entrepreneur, having first made his fortune in a for-profit entity, may create a foundation in order to "give something back" to society. From John D. Rockefeller to Bill Gates, the pattern has been the same: do well first; do good later.

This way of thinking may be rooted in human nature, but case-law is also a factor. To at least some degree, the directors of a corporation have a common-law duty to seek long-term value for their shareholders. This principle was articulated most famously nearly a century ago, in the case of *Dodge v. Ford Motor Company*[2]:

> *A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non-distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.*[3]

Thus, while a corporation's directors are empowered to exercise their judgment in running the corporation, they are not free to ignore the interests of the stockholders.[4]

Of course, the best "corporate citizens" spend plenty of money for charitable or "socially responsible" purposes, or to exceed legally required health, safety or environmental standards. Even within the most extreme reading of *Dodge* and similar cases, this is acceptable. But such expenditures tend to be justified as incidental to the creation of long-term shareholder value. In other words, these companies' do-gooder efforts may be seen as mere exercises in public relations, or "brand-building".

Some states have modified their corporate statutes to permit corporations to recognize the interests of constituents other than stockholders, such as employees, creditors, consumers and the surrounding community.

Some of the companies most recognized for their ethos of "social responsibility", such as Timberland, Patagonia and Ben & Jerry's, were able to implement their forward-thinking ideas because they were run by visionary founders (or families) who also still held controlling equity stakes. Their philosophies became part of their companies' brands, attracting like-minded investors and, ultimately, acquirers.[5] But this cannot always be true and there is no legal protection for these corporate "philosophies", which are only "incidental" to the creation of shareholder value.

Some states have modified their corporate statutes to permit corporations to recognize the interests of constituents other than stockholders, such as employees, creditors, consumers and the surrounding community. But such recognition remains optional under those statutes. Perhaps more importantly, Delaware, the state where by far the greatest number of companies are formed,[6] has never adopted this type of "constituency statute".[7]

In order to create a company in which the interests of other stakeholders, such as employees, neighbors and those interested in the environment, were given equal priority with profits, a new sort of business entity was needed in the US. Such an entity has now become a reality, in the form of the so-called "benefit corporation" or "B corp." At the time of this writing,[8] 19 states and Washington, DC have passed laws enabling the B corp. and similar legislation is pending in 14 other states.[9] Among the states that have passed B corp. statutes are some of the more important from an economic perspective: California, Illinois, New York, Massachusetts, Pennsylvania and New Jersey. But most important of all, given its primacy as the forum of choice for entity formation, is Delaware, where a B corp. statute took effect on August 1, 2013.

Although the texts of the B corp. statutes adopted by the various states are naturally not uniform, they are substantively similar and most are based upon model legislation (the "Model Act")[10] promoted by a non-profit group called B Lab.[11] Delaware's statute[12] is not based on the Model Act, but it is likely to be the law under which most B corps. are formed.

Both the Model Act and the Delaware act enable a newly formed or existing corporation to become a B corp. by including required

language in its charter.[13] The Delaware act provides the clearer statement of the nature of a B corp.:

A public benefit corporation is a for-profit corporation organized under and subject to the requirements of this chapter that is intended to produce a public benefit or public benefits and to operate in a responsible and sustainable manner. To that end, a public benefit corporation shall be managed in a manner that balances the stockholders' pecuniary interests, the best interests of those materially affected by the corporation's conduct, and the public benefit or public benefits identified in its certificate of incorporation. In the certificate of incorporation, a public benefit corporation shall (i) identify within its statement of business or purpose pursuant to § 102(a)(3) of this title one or more specific public benefits to be promoted by the corporation, and (ii) state within its heading that it is a public benefit corporation.[14]

Because it is enshrined in the B corp.'s charter (certificate of incorporation), the specified public benefit is difficult to change. In Delaware, a charter cannot be amended to change or eliminate the intended public benefit without the approval of holders of at least two-thirds of the outstanding shares of the company.[15]

The requirements of the Model Act and the Delaware act differ with respect to the public-benefit purpose of a B corp. The Model Act requires only that a B corp. "shall have a purpose of creating a general public benefit",[16] which it defines as a "material positive impact on society and the environment, taken as a whole, assessed against a third-party standard, from the business and operations of a benefit corporation".[17] Anything more specific is entirely optional under the Model Act.[18] Under the Delaware act, a B corp. must identify one or more specific public benefits to be promoted.[19] Yet the Delaware act provides only a general definition of "public benefit":

"Public benefit" means a positive effect (or reduction of negative effects) on one or more categories of persons, entities, communities or interests (other than stockholders in their capacities as stockholders) including, but not limited to, effects of an artistic, charitable, cultural, economic, educational, environmental, literary, medical, religious, scientific or technological nature.[20]

In articulating a specific public-benefit purpose for a Delaware B corp., practitioners and their clients may seek guidance in the descriptions offered in the Model Act:

"Specific public benefit." Includes:

(1) *providing low-income or underserved individuals or communities with beneficial products or services;*

(2) *promoting economic opportunity for individuals or communities beyond the creation of jobs in the normal course of business;*

(3) *protecting or restoring the environment;*

(4) *improving human health;*

(5) *promoting the arts, sciences, or advancement of knowledge;*

(6) *increasing the flow of capital to entities with a purpose to benefit society or the environment; and*

(7) *conferring any other particular benefit on society or the environment.*[21]

Of course, the public benefit can be more specific, for example to support a particular school or research fund. But entrepreneurs may appreciate greater flexibility in their goal-setting, at least until they gain experience with this new corporate form.

By providing in the charter that the specified public benefit will have the same importance to the corporate purpose as that of profits, the B corp.'s founders provide future directors with the freedom they need to manage the B corp. in a balanced manner, without fear of pressure or lawsuits from future investors who seek maximum profits. But what about new pressure from those who feel more strongly about the B corp.'s public-benefit purpose? B corp. statutes limit this risk in two ways. First, the director's fiduciary obligation is limited to the company and the stockholders – other stakeholders cannot sue a director.[22] Second, the director will be deemed to satisfy his fiduciary duty to balance the various purposes of the company if his decisions are "both informed and disinterested and not such that no person of ordinary, sound judgment would approve."[23]

A B corp. will not only provide a real public benefit (or so it may be hoped). Additionally, just by being a B corp. it will tend to be more attractive to potential customers, employees, investors and acquirers who value its social or environmental mission. Of course, this is partly an exercise in "branding". Indeed, a Delaware B corp. must identify itself as such, including in its corporate name the words *"public benefit corporation"* or the initials *"P.B.C."* o "PBC".[24] B corps. formed in the states that adopted the Model Act will apparently continue to bear the traditional "*Inc.*" or *"Corp."*

All B corp. statutes require B corps. to issue periodic written reports on their progress toward the public benefits specified in their charters. The Delaware law requires these reports to be issued biennially to the stockholders, although charters may provide that the reports be issued more frequently or even made available to the public.[25] The Model Act, on the other hand, requires these reports to be published or filed with the state each year.[26] Additionally, the Model Act requires progress toward the public benefit to be gauged against a recognized third-party standard,[27] while the Delaware law makes this optional.[28] Given that generally recognized third-party standards may not be available in all cases, and that assessments against such standards may be costly, even the most "mission-driven" businesses may prefer the flexibility offered by the Delaware statute.

What special risks and opportunities do B corps. present for non-US parties? On the risk side, prospective investors, especially foreign investors, must take the time to understand the B corp.'s dual purposes. An investor's due diligence should include ascertaining: the public-benefit purpose of the B corp.; what the B corp. has done to accomplish that purpose; what such efforts have cost; and how this has affected profits. Additionally, the investor should confirm whether the B corp. has complied with its reporting obligations under both the applicable state law and its own charter. Ideally, the investor's and the target's goals and methods should be aligned. This is not to say that non-US investors must be any more attentive to these issues than US investors. The risks are the same for both. However, awareness of B corps. may be lower outside the US.

What are the opportunities? As noted above, B corp. status may burnish the brand identity of

the B corp. itself[29] and, by extension, enhance the reputation of the companies that do business with it. Companies that view or promote themselves as socially responsible businesses may seek out B corps. as potential suppliers and strategic partners. As with the potential risks for investors, this potential benefit is equally applicable to US and non-US for contracting parties.

To date, slightly more than 300 B corps. have been formed in the US.[30] We are thus at a very early stage, and it is difficult to predict whether the B corp. will become a significant factor in American business life. There is reason to be confident that the availability of B corps. in Delaware will add new momentum to the spread of this new form. The Delaware B corp. is likely to be more attractive than those of other states, not only due to Delaware's importance as a jurisdiction for corporate formation, but also because Delaware's B corp. statute offers greater flexibility to entrepreneurs in structuring their B corps. In any case, for the right sort of entrepreneur or investor, the B corp. presents a real opportunity both to do well and to do good.

Bruce M. LANDAY
Landay Leblanc Stern
Boston, United States
bruce@llslex.com

[1] Statutes enabling LLCs were adopted by all 50 states and Washington, DC between 1977 and 1996 (Wyoming was the first and Hawaii the last).

[2] 204 Mich. 459, 170 N.W. 668. (Mich. 1919).

[3] In *Dodge*, the Dodge brothers, minority stockholders in Ford Motor Company, sought to compel its board, dominated by Henry Ford, the founder and majority shareholder, to distribute more of the company's enormous cash reserves as dividends. Ford aimed to deprive the Dodges of cash they wanted to set up a competing venture. But he depicted his strategy as idealism: "My ambition… is to employ still more men; to spread the benefits of this industrial system to the greatest possible number, to help them build up their lives and their homes. To do this, we are putting the greatest share of our profits back into the business." The court reacted: "The difference between an incidental humanitarian expenditure of corporate funds for the benefit of the employes [*sic*], like the building of a hospital for their use and the employment of agencies for the betterment of their condition, and a general purpose and plan to benefit mankind at the expense of others, is obvious. There should be no confusion … of the duties which Mr. Ford conceives that he and the stockholders owe to the general public and the duties which in law he and his codirectors owe to protesting, minority stockholders." The court ordered Ford to issue a dividend, although not as great as the Dodges had sought.

[4] *Dodge* was decided by the Supreme Court of Michigan and, though not binding elsewhere, has been cited with approval by courts in other states. Its impact is still debated. Some have interpreted *Dodge* too simplistically as prioritizing maximization of shareholder wealth over the interests of other constituencies or even long-term business plans. Other critics hold that the quoted language was mere *dictum* and thus to be disregarded.

[5] Ben & Jerry's was acquired in 2000 by Unilever; and Timberland in 2011 by VF Corporation. Patagonia remains independent.

[6] According to the website of the Delaware Department of State, Division of Corporations, Delaware is the jurisdiction of formation for more than 1,000,000 companies (presumably including both LLCs and corporations), including more than 50% of all US publicly-traded companies and 64% of the Fortune 500. See, www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml

[7] *See*, Clarke, Vranka *et al.*, White Paper, *The Need and Rationale for the Benefit Corporation: Why It Is the Legal Form that Best Addresses the Needs of Social Entrepreneurs, Investors, and, Ultimately, the Public*, Jan. 18, 2013 version, pp. 9 et seq., available at: http://benefitcorp.net/storage/documents/Benecit_Corporation_White_Paper_1_18_2013.pdf

[8] November 12, 2013.

[9] Before the B corp. was conceived, there was a movement to promote another legal form with similar goals, called the "low-profit limited liability company", or "L3C". The L3C could offer greater tax advantages than a B corp., in that it is a form of LLC. But, for reasons beyond the scope of this article, adoption of this entity by states has been slow. So far only nine states and two native American tribes have passed L3C statutes: Vermont (2008); Michigan (2009); Wyoming (2009); Utah (2009); Oglala Sioux Tribe (2009); Crow Indian Nation of Montana (2009); Illinois (2010); North Carolina (2010); Louisiana (2010); Maine (2011); Rhode Island (2012).

[10] *See, Model Benefit Corporation Legislation*, available at *www.benefitcorp.net/storage/documents/Model_Benefit_Corporation_Legislation.pdf*

[11] B Lab Company is a Pennsylvania non-profit corporation that promotes social change through business standards. B Lab's main service is to maintain a system by which existing companies may be certified as "B Corps" by meeting objective criteria and submitting to third-party compliance audits. See, www.bcorporation.net. It is important to distinguish between corporations that carry B Lab's "B Corp." seal of approval and the entities that are formed as, or become, benefit corporations under state B corp. statutes. Confusingly, the latter are also commonly called "B corps." The term is used in this article only to describe benefit corporations formed under the new laws.

[12] Delaware Code, Title 8 §§ 361 *et seq.*

[13] *See*, Model Act §§ 101(c), 103, 104; Del. Code, Title 8, §§ 362, 363.

[14] Del. Code, Title 8, §362(a).

[15] Del. Code, Title 8, §363(b).

[16] Model Act §201(a).

[17] Model Act §102.

[18] Model Act §201(b).

[19] Del. Code, Title 8 §362(a)(1).

[20] Del. Code, Title 8, §362(b).

[21] Model Act §102.

[22] The Delaware act provides that a director "shall not … have any duty to any person on account of any interest of such person in the public benefit … identified in the certificate of incorporation". Del. Code, Title 8, §365(b). *See also* Model Act §§ 301, 305.

[23] Del. Code, Title 8, §365(b). *See also*, Model Act §301.

[24] Del. Code, Title 8, §362(c). Not all states follow this approach to corporate names because, as noted above, in most states a B corp. is merely another type of corporation (including, for example, a professional corporation) that has elected to become a B corp.

[25] Del. Code, Title 8, §366(b) and (c).

[26] Model Act §402.

[27] Model Act §401(a)(2).

[28] *Id.*

[29] *See*, note 24 above.

[30] This is a very unscientific guess (as of November 12, 2012). According to Prof. Haskell Murray of Belmont University, in mid-June 2013 there were 251 B corps. (SocentLaw blog, http://socentlaw.com/2013/07/how-many-benefit-corporations-have-been-formed/). In early November 2013, Prof. Murray provided me with his unofficial estimate that about 50 B corps. had been formed in Delaware's since its statute went into effect on August 1, 2013. This total does not include corporations formed under traditional corporate statutes and certified by B Lab (*see* note 11 above).

UIA
Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

KARATAŞ LAW OFFICE

IJA

The Role of Trade Unions and Works Councils in the Life of a Corporation

FRIDAY, MAY 16 & SATURDAY, MAY 17, 2014

ISTANBUL

TURKEY



Information and online registration at www.uianet.org

Seminar organised by the UIA Labour Law commission with the support of the Turkish Trade Union, Karataş Law Firm, the International Jurists Association (IJA) and the Union of Turkish Bar Associations



IBERIAN LAWYER

6th Business Law Forum – New Restructuring of Businesses: Legal and Compliance Aspects

FRIDAY, JUNE 20 & SATURDAY, JUNE 21, 2014

LISBON

PORTUGAL



Information and online registration at www.uianet.org

Seminar organised by the UIA with the support of the Portuguese Bar Association and Iberian Lawyer as media partner



Inversiones inmobiliarias en el norte de África

El respeto a los derechos del inversor



Jorge MARTÍ MORENO & Javier VIDAL ALONSO

Resumen
A finales de marzo de 2013 se dictó un laudo arbitral en El Cairo con gran trascendencia para inversores extranjeros en países árabes. Un proyecto inmobiliario en Libia se vio frustrado debido a la actuación de las autoridades de dicho país, lo cual originó que el tribunal arbitral condenara a Libia a pagar más de 900 millones de dólares al inversor privado promotor del proyecto.

Este laudo subraya la prevalencia del Derecho y de la protección de los derechos del inversor a pesar de las vicisitudes políticas que pueda sufrir un país. Asimismo, resulta destacable el elevado importe de la condena, teniendo en cuenta que el proyecto estaba en un estadio muy preliminar.

Abstract
At the end of March 2013, an arbitral award was issued in Cairo that we believe will have major implications for foreign investors in Arab countries. The arbitral court ordered Libya to pay more than $900m to a private investor in a real estate project that had to be abandoned because of the conduct of the Libyan authorities.

This award states the rule of law and the protection of investors' rights, despite the political instability in a given country. The high amount awarded as compensation for damages is impressive, especially given that the project was at a very early stage when it was abandoned.

1. Los hechos

Una empresa de capital kuwaití tenía planeado desarrollar un complejo turístico cerca de Trípoli. Para ello, recibió una licencia de las autoridades libias que le permitía construir un hotel de cinco estrellas, un centro comercial, apartamentos turísticos, restaurantes y zonas de ocio. Asimismo, llegó a un acuerdo con Libia para el arrendamiento de unos terrenos de 240.000 metros cuadrados de titularidad pública por noventa años, encargó estudios de viabilidad y el diseño del proyecto y contrató a una empresa para la gestión y supervisión de la construcción.

No obstante, las autoridades libias no cumplieron con su parte del acuerdo. El inversor kuwaití no pudo acceder plenamente a los terrenos, ya que había en ellos contenedores, tuberías y equipamiento pertenecientes a terceros. Además, terceras partes alegaban que les correspondía la propiedad de parte de los terrenos. Por otro lado, existía un derecho de usufructo sobre los terrenos cuyo titular era el banco libio Umma Bank. Otra de las circunstancias adversas para el inversor fue que la policía y los guardias municipales impidieron a sus trabajadores acceder a los terrenos objeto del proyecto.

Pasado un tiempo, las autoridades libias ordenaron al inversor que cesara en los trabajos y retirara sus pertenencias de los terrenos. Dos años después le propusieron unos terrenos alternativos, pero el inversor rechazó la oferta, ya que había planificado el desarrollo del proyecto en los terrenos pactados originalmente. Finalmente, la licencia fue cancelada por el Ministro de Economía de Libia. Ante esta situación, el inversor propuso a las autoridades libias un acuerdo consistente en que le fueran entregados 5 millones de dólares por los gastos ocasionados, propuesta que no fue aceptada por las autoridades libias. Meses después, el inversor inició un procedimiento de arbitraje *ad hoc* que tuvo lugar en El Cairo, ante un tribunal constituido en junio de 2012 y formado por tres miembros. Cada una de las partes nombró un árbitro, y el tercero fue nombrado por consenso. En marzo de 2013 dicho tribunal arbitral dictó su resolución, la cual no fue firmada por el miembro designado por el Gobierno libio.

2. Contenido del arbitraje

2.1 Normativa aplicable

Antes de analizar las decisiones del tribunal arbitral, creemos conveniente hacer una breve mención acerca del marco normativo de aplicación en el presente supuesto, ya que este determina los distintos pronunciamientos contenidos en el laudo. En primer lugar, existe un contrato entre el inversor y las autoridades libias en virtud del cual se le concede al inversor el arrendamiento de los terrenos para el desarrollo del proyecto de inversión, para lo cual había recibido una licencia un día antes de la firma de dicho arrendamiento.

En segundo lugar, el contrato de arrendamiento se rige por la ley libia, por lo que es de aplicación el Código Civil de dicho país, así como su normativa sobre inversiones. Ello es así porque el contrato de arrendamiento se considera un contrato privado y no una concesión de carácter administrativo, a pesar de los intentos del Estado libio por argumentar lo contrario. El tribunal arbitral rechazó esta alegación del Gobierno libio, pues, pese a que una de las partes era una autoridad administrativa, el proyecto no revestía interés público y el contrato no contenía cláusulas inusuales en la contratación privada.

En tercer lugar, también resulta de aplicación un tratado internacional multilateral, el Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe en los Estados Árabes, el cual se aplica prioritariamente al tratarse de normativa internacional.

2.2 Jurisdicción del tribunal arbitral

La jurisdicción del tribunal arbitral se deriva del propio contrato, el cual contiene una cláusula en ese sentido. En virtud de esta cláusula, en el caso de disputa entre las partes se debería tratar de llegar a una solución amistosa, y, de no lograrse, habría que acudir a un arbitraje conforme a las normas del Acuerdo Unificado. De este modo, las partes eligieron el arbitraje como modo de solución de las controversias derivadas del contrato de arrendamiento, que es una de las tres opciones alternativas que el Acuerdo Unificado proporciona para la resolución de disputas, junto con el sometimiento a la Corte Árabe de Inversiones y la conciliación.

En relación con la jurisdicción del tribunal y demás asuntos de carácter meramente procesal, Libia plantea una serie de alegaciones, que son todas ellas rechazadas por el tribunal arbitral. Por ejemplo, no se estima que el arbitraje sea prematuro al no haberse tratado de llegar a una solución amistosa. Libia también plantea que no debería ser considerada como parte del proceso, ni tampoco su Ministerio de Economía, dado que la institución firmante del contrato, la Autoridad de Desarrollo del Turismo, goza de personalidad jurídica propia y es por tanto independiente de aquellos. El tribunal deniega esta argumentación, aduciendo que el órgano firmante cae bajo la responsabilidad del Estado libio y, más concretamente, de su Ministerio de Economía.

En relación con esto último, hay un pronunciamiento del tribunal que resulta de particular interés. El inversor trata de incluir entre las instituciones demandadas a la Autoridad Libia de Inversión, un fondo soberano libio que cuenta con unos activos valorados en torno a 50.000 millones de dólares. El tribunal establece que este fondo no puede ser considerado parte en el proceso al no tener relación con él, si bien aclara que dicha institución, con independencia de que sus inversiones se localicen en Libia o en el extranjero, forma parte del Estado libio (que sí es parte en el proceso). Este último matiz reviste una gran importancia por abrir la puerta a la posibilidad de utilizar el patrimonio del fondo soberano para pagar las cantidades debidas en la ejecución del laudo.

2.3 La responsabilidad

En este apartado del laudo se distingue entre la responsabilidad del Estado libio surgida del incumplimiento contractual y la responsabilidad por incumplir la normativa aplicable. En lo referente al primer aspecto, el tribunal señala, con apoyo en el artículo 147 del Código Civil libio, que los contratos están para cumplirse, de modo que solo pueden ser modificados si existe mutuo consentimiento o soporte legal, y no por la voluntad unilateral de una de las partes. En el presente caso, queda probado que las autoridades libias incumplieron sus obligaciones en el contrato, principalmente la entrega del terreno en condiciones que permitieran al inversor desarrollar su proyecto sin ningún tipo de injerencia o impedimento.

Así, ninguna de las alegaciones del Estado libio fructifica, pues estas se centran en pequeños incumplimientos por parte del inversor con los que trata de justificar el incumplimiento propio (que es de carácter esencial), incumplimientos que además no quedan probados. Entre estas alegaciones cabe destacar que las autoridades libias aducen que el inversor no ha cumplido con una obligación de carácter legal, consistente en aportar, antes del inicio del proyecto, el 10% del valor total de este (unos 130 millones de dólares). El tribunal rechaza este argumento y literalmente muestra su asombro, al no existir ningún precepto legal que contenga dicha obligación (hay una obligación legal consistente en el pago del 0,1% del valor del proyecto que sí había realizado el inversor).

En lo relativo a la responsabilidad legal, el tribunal distingue entre los diversos cuerpos normativos aplicables. En primer lugar, existe un incumplimiento del Código Civil libio, cuyo artículo 148 establece que los contratos deben ser cumplidos de acuerdo con su contenido y en cumplimiento de la buena fe. Así, el hecho de que los terrenos estuviesen ocupados por distintos materiales, la reclamación de terceros en relación con su propiedad, el usufructo concedido a la entidad bancaria y demás circunstancias alegadas por el inversor resultan suficientes para determinar que las autoridades libias incumplieron este precepto.

En segundo lugar, se produce una infracción de la normativa libia sobre inversiones, concretamente del artículo 23 de su ley de inversiones, que prohíbe expresamente que los proyectos de inversión sean confiscados o paralizados, o que sean sometidos a procedimientos que tengan el mismo efecto que su confiscación o paralización. El tribunal considera que la decisión del Ministro de Economía libio, consistente en cancelar la licencia al inversor, supone una medida arbitraria que debe ser considerada como un procedimiento con efectos similares a la paralización o confiscación del proyecto de inversión.

En tercer lugar, la mencionada decisión del Ministro de Economía de Libia, junto con parte del resto de circunstancias alegadas por el inversor, suponen asimismo una violación del artículo 9 del Acuerdo Unificado para la Inversión de Capital Árabe en los Estados Árabes, el cual prohíbe el establecimiento de medidas tendentes al secuestro, paralización o administración de activos, así como cualquier otra acción que infrinja los derechos del inversor.

2.4 La ejecución inmediata del laudo

El tribunal arbitral, previamente a la determinación de la cuantía indemnizatoria, accede a la petición relativa a la ejecución inmediata del laudo demandada por el inversor, en tanto que ello es conforme con la legislación libia y con el Acuerdo Unificado, así como con las normas sobre arbitraje del Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo, aplicables a este supuesto, y similares a las de la Cámara de Comercio Internacional.

El tribunal arbitral concede al inversor casi 937 millones de dólares, cifra destacable no solo por la cuantía en sí misma, sino también por su justificación [...].

2.5 La cuantía de la indemnización

El tribunal arbitral concede al inversor casi 937 millones de dólares, cifra destacable no solo por la cuantía en sí misma, sino también por su justificación y, especialmente, por la elevada cantidad que es concedida en concepto de lucro cesante, es decir, por los beneficios dejados de percibir por el inversor.

De conformidad con los artículos 224 y 225 del Código Civil libio, es al juzgador a quien corresponde fijar la cuantía indemnizatoria si no ha sido pactada contractualmente, y esta debe cubrir las pérdidas patrimoniales sufridas por el inversor y los daños morales, así como el beneficio dejado de percibir o lucro cesante.

En cumplimiento de ello, el tribunal decide, en primer lugar, otorgar en concepto de pérdidas patrimoniales la cuantía de 5 millones de dólares. En segundo lugar, cuantifica los daños morales en 30 millones de dólares, teniendo en cuenta la lesión de la reputación de la empresa inversora en el mercado de la construcción, así como en el mercado de valores, tanto en Kuwait como en el resto del mundo. Esto supone una decisión reseñable, no solo por la elevada cantidad concedida por este concepto, sino también por el hecho de circunscribir los daños morales de una sociedad exclusivamente a la lesión de su reputación comercial.

En tercer lugar, el tribunal arbitral se pronuncia acerca de los beneficios dejados de percibir por el inversor, el lucro cesante. La decisión, como ya hemos comentado, resulta sorprendente por su elevada cuantía (900 millones de dólares), teniendo en cuenta que se trataba de un proyecto en un estadio preliminar, sin haberse podido iniciar las obras. Para ello, se apoya en los principios aplicables a los contratos sobre comercio internacional establecidos por UNIDROIT, y en particular en el principio 7.4.3, el cual estipula que la indemnización debe comprender la pérdida de una ocasión de percibir beneficios en proporción a la probabilidad de que dicha generación de beneficios suceda. Esto, unido a los informes periciales de expertos independientes presentados por el inversor, que establecen que el beneficio dejado de percibir se fijaba en alrededor de 2.000 millones de dólares, hace que el tribunal decida otorgarle una suma tan elevada. No obstante, por razones discrecionales el tribunal arbitral rebaja la cantidad desde los 2.000 millones hasta los 900 millones, alegando, entre otras cuestiones, que dicha decisión debe servir como incentivo para que las autoridades árabes sigan fomentando la inversión en sus territorios.

En cuarto lugar, y apoyándose en el artículo 229 del Código Civil libio, el tribunal decide imponer un interés del 4% sobre el total de la cuantía adeudada, aplicable desde la fecha de publicación del laudo hasta el cumplimiento de lo dispuesto en él. Por último, ordena al Estado libio pagar la totalidad de los gastos del arbitraje (excluyendo las minutas de los abogados), que ascienden a 1.940.000 dólares, dado que el inversor había tenido que hacer frente no solo a su mitad de los costes, sino también a la parte correspondiente a la Administración libia, ya que esta no había desembolsado su parte.

3. Conclusiones

Este laudo resulta de gran interés para los inversores extranjeros en países árabes debido fundamentalmente a tres motivos. Para empezar, se constata que en dichos países existe una legislación, tanto de carácter interno como internacional, que garantiza la defensa de los intereses de los inversores extranjeros. En lo relativo a la normativa estatal, hemos visto que existen preceptos normativos que afirman, entre otras cuestiones, el principio de que lo pactado obliga a las partes, que la buena fe debe regir el cumplimiento de los contratos o que queda prohibida la confiscación o la paralización de los proyectos de inversión.

El segundo motivo por el que esta resolución arbitral resulta de gran interés reside en el hecho de que no solo existe normativa que garantiza la protección de los inversores en los países árabes, sino que también hay modos de hacerla efectiva. En concreto, el arbitraje de inversiones se presenta como un mecanismo que permite eliminar la posición de superioridad en que se podría encontrar cualquier Estado de ser juzgado en su propio territorio y por sus propios tribunales.

El tercer y último motivo radica en la indemnización concedida por el tribunal arbitral, tanto por su cuantía como por la toma en consideración de conceptos como el daño moral o el lucro cesante, que suponen la mayor parte de la cantidad otorgada. En este sentido, queremos destacar la mención que hace el tribunal arbitral en relación con los fondos soberanos, es decir, que a pesar de que no puedan considerarse parte en los procesos arbitrales si no han tenido nada que ver con la controversia, forman parte de los Estados que los controlan. De este modo, los bienes de los fondos soberanos podrían ser utilizados para ejecutar decisiones arbitrales. Entre los fondos soberanos que cuentan con un mayor patrimonio se encuentran el fondo soberano de Abu Dabi (875.000 millones de dólares), Kuwait (250.000 millones de dólares), Qatar (60.000 millones de dólares) y Libia (50.000 millones de dólares).

Jorge MARTÍ MORENO
Uría Menéndez
Valencia, España
jorge.marti@uria.com

Javier VIDAL ALONSO
Uría Menéndez
Valencia, España
javier.vidal@uria.com



Le Règlement européen n° 650/2012 du 4 juillet 2012

en matière de successions internationales (applicable à compter du 17 août 2015)

Agnès PROTON

Conflicts of law rules in succession matters will significantly change in Europe on August 17, 2015, when the new E.U. Regulation n° 650/2012 enacted on July 4, 2012 will become effective in most of E.U. Jurisdictions; …**usual residence at the time of death** will become the main criterion to determine a unique and uniformed applicable law.



Il aura fallu près de 3 ans pour que la proposition de Règlement du 14 octobre 2009 en matière de succession internationale soit adoptée dans sa forme définitive le 4 juillet 2012 pour entrer en vigueur le 16 août 2012.

En pratique, cette règlementation a pour vocation de simplifier le traitement des successions internationales et, plus particulièrement, des successions européennes transfrontalières.

C'est un euphémisme de relever que cette réglementation était impatiemment attendue des praticiens, tandis que tous les commentateurs s'accordent à souligner qu'elle introduit en la matière de profondes innovations. Cette mini révolution explique sans doute le délai dont est assortie sa **mise en application fixée au 17 août 2015.**

À l'évidence, il sera utile de mettre ce délai à profit pour se familiariser avec le nouveau droit des successions européennes et internationales. Celui-ci se substituera à terme aux législations des États membres, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande qui ont décidé de ne pas participer à l'application de ce Règlement. Il en est de même du Danemark, lequel bénéficie d'une exclusion permanente dans le domaine de la justice.[1]

Pour déterminer le champ d'application de ce Règlement il sera rappelé à titre liminaire qu'il **ne concerne pas**:

- les **matières fiscales, douanières et administratives,**
- **l'état des personnes et les relations familiales,**
- les questions ayant trait à **l'absence et la disparition,**
- celles relatives aux **régimes matrimoniaux et à leur liquidation.**

En pratique, cette réglementation a pour vocation de simplifier le traitement des successions internationales et, plus particulièrement, des successions européennes transfrontalières.

Ces nouvelles dispositions permettront:

- la **désignation de l'autorité compétente pour régler les successions** et, le cas échéant, **trancher les litiges** qui pourraient naître à l'occasion de leur règlement;
- la **détermination de la loi applicable**;
- la **reconnaissance et l'exécution des décisions ainsi que des actes authentiques** sur le territoire des États membres participants.

Il s'agit donc de simplifier mais également d'accélérer et réduire les coûts du traitement des successions internationales:

- À cette fin, le Règlement crée un **Certificat Successoral Européen** (CSE) uniformisé, qui pourra être utilisé dans tous les États membres participants. Cette uniformisation permettra de faciliter les démarches et les formalités, par exemple pour effectuer des paiements ou délivrer des legs. À cet égard, il appartiendra à chaque État participant de déterminer quelles seront les autorités compétentes sur son territoire pour délivrer ce CSE.
- La **désignation d'une seule loi et d'une seule autorité compétente**; l'unité des compétences judiciaire et législative représente ici l'une des deux innovations majeures de cette nouvelle législation, la seconde étant:
- L'**instauration de la *professio juris***, c'est-à-dire la possibilité de choisir par anticipation une loi applicable à sa succession.

Il convient de revenir plus en détail sur ces deux innovations:

I. L'unification de la loi applicable

Avant l'entrée en application du Règlement, la loi compétente pour régir les successions internationales reste, selon les États, la loi nationale du défunt ou, comme en France, la loi de son dernier domicile.

Certains pays, dont la France, opèrent par ailleurs une distinction entre la loi applicable aux immeubles d'une part, et celle régissant la dévolution des meubles d'autre part.

Ce système dit scissionniste ou dual conduit en pratique à l'application de plusieurs lois pour régler une seule et même succession, selon la nature des biens concernés.

Il convient alors, en pratique, de régler les corrélatifs conflits de lois et autres renvois de compétence, délais, absence de prévisibilité et de sécurité juridiques qui sont autant de facteurs d'augmentation du « risque procédural » (et des frais y afférents…).

La situation sera radicalement différente sous le régime du nouveau Règlement.

En effet, dans les États membres où celui-ci sera applicable, **une seule loi régira l'ensemble de la succession**, quels que soient la nature ou le lieu de situation des biens.

Par défaut, il s'agira de la **loi de la résidence habituelle du défunt au jour du décès**.[2]

Quelques exceptions sont cependant prévues à cette règle générale :

- si le défunt entretenait des liens plus étroits avec un autre État (à définir au cas par cas). On appliquera alors la loi de cet État, cf. article 21-2 du Règlement ;
- les Lois de Police de l'État de situation du bien pourront porter atteinte à cette compétence générale par application de l'article 30 dudit Règlement ;
- le jeu du Renvoi est également prévu dans certaines hypothèses visées à l'article 34 dudit Règlement ;

enfin, le correctif de l'Ordre Public, garde-fou classique et bien connu en Droit International Privé, permettra d'écarter une disposition de la loi normalement applicable si celle-ci était manifestement incompatible avec l'Ordre Public du for, cf. article 35 du Règlement.

Outre l'unification du droit applicable à la succession internationale, une autre nouveauté est ici à souligner :

II. L'instauration de la *professio juris*

Il s'agit donc de la possibilité de choisir une loi applicable à sa succession.

Le législateur prend donc le parti de valoriser et respecter la volonté individuelle, dans certaines proportions toutefois puisque **seule la loi nationale pourra être désignée** (il s'agit de la loi nationale du disposant au moment de l'acte ou au moment du décès).

Pour le cas où le disposant bénéficierait d'une double nationalité, il pourra désigner l'une de ses deux lois nationales (là encore, appréciée au jour du choix ou au moment du décès).

Ce choix peut être exprès ou tacite, mais il doit résulter ou être déclaré sous la forme **de dispositions à cause de mort**.[3]

Il est évidemment recommandé d'exprimer clairement son choix, plutôt que de laisser ultérieurement aux héritiers et aux professionnels intervenants la lourde tâche d'interpréter des dispositions parfois ambiguës…

À noter ici que **ce choix peut être formalisé dès aujourd'hui,** c'est-à-dire avant l'entrée en application du Règlement, mais il ne sera alors effectif qu'au cas où le décès surviendrait postérieurement au 17 août 2015.

Enfin, il est ici observé que **ce Règlement est d'application universelle**.

En conséquence, toute loi désignée en vertu de ces nouvelles dispositions s'appliquera quand bien même *« cette loi n'est pas celle d'un État membre »* (cf. article 20 du Règlement).



La portée extensive de ce Règlement d'application universelle pourrait en pratique être susceptible de porter atteinte à la réserve héréditaire.

Ainsi, un Anglais qui s'installerait définitivement dans un État participant protecteur d'une telle réserve, tels la France ou l'Allemagne, pourrait néanmoins désigner la loi anglaise, quand bien même le Royaume-Uni a décidé de ne pas participer à l'application du Règlement (cf. exclusion ci-dessus évoquée).

Peu importerait alors que la succession de ce ressortissant anglais ne comprenne que des biens meubles et immeubles situés dans cet État ; il pourrait, par le biais de l'exercice de la *professio juris*, décider de léguer tous ses biens à des tiers, même au cas où il aurait des enfants.

Il lui suffirait à cette fin de choisir par testament l'application du droit anglais pour régir sa succession, bénéficiant ainsi de la plus large liberté pour tester.

En France, nul doute que se posera alors une nouvelle fois la question toujours largement débattue du **caractère d'ordre public de la réserve**, ou, plus exactement, de la place de la réserve héréditaire au regard de l'ordre public international [4]…

Agnès PROTON, LL.M.
Cabinet Proton
Cannes, France
aproton@ap-avocats.fr

[1] Sur le *Règlement (UE) N° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* : cf. *Droit européen des successions internationales*, Georges Khairallat, Mariel Revillard, Défrénois (mars 2013) ; *Le certificat successoral européen et les registres fonciers*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 11, 15 mars 2013, act. 343 – *La loi applicable aux successions internationales selon le règlement du 4 juillet 2012*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 17, 26 avril 2013, 1109.
Cet article est également issu des travaux présentés lors du Congrès de l'AEA – EAL (Association Européenne des Avocats – European Association of Lawyers) à Gdansk (Pologne) du 13 au 15 juin 2013.

[2] Ce principe est énoncé à l'article 21 du Règlement ; il est explicité dans les « considérants » introductifs, notamment le considérant n° 23 : *« Afin de déterminer la résidence habituelle, l'autorité chargée de la succession devrait procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence. »*.

[3] L'article 26 du Règlement détermine les conditions de *« validité au fond des dispositions à cause de mort »* tandis que l'article 27 traite des conditions de *« validité quant à la forme des dispositions à cause de mort établies par écrit »*. Ces dernières rejoignent les règles posées dans la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la forme des dispositions testamentaires dont l'application est réservée à l'article 75 du Règlement.

[4] Cf. *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Michel Grimaldi, Défrénois 15-30 août 2012 p. 755 et s., art. 40563



Encouraging Early Restructuring Measures in Switzerland



Florence PASTORE & Birgit SAMBETH GLASNER

On January 1, 2014, a revision of the Swiss Debt Enforcement and Bankruptcy Act (DEBA) entered into force, shaping and adjusting its Chapter 11 on Composition Proceeding into a more restructuring oriented tool.[1,2]

This change shall certainly have an impact on cross-border insolvencies as well.

A Composition Proceeding can be defined as a proceeding pursuant to which a debtor and its creditors seek to agree on a modification of the terms and conditions relating to the performance of the debtor's obligations, subject to the approval of the creditors and to the Court's homologation. It is divided into three stages: a "Moratorium Phase" (provisional and definitive stay), followed by the creditors' examination and approval of the suggested Composition Agreement, and the Court Homologation.

In the aftermath of Swissair's grounding on October 2, 2001, that led the Swiss national carrier to file for composition proceeding, various parliamentary interventions urged the Swiss authorities to assess the need for a revision of restructuring law. The group of experts concluded that the system was generally effective yet improvable.

A decade later, the amendments - inspired by the US Chapter 11 - reinforce the Moratorium Phase and, thereby, create space and time for the debtor and its creditors to initiate a constructive process of debt restructuring.

As experience shows in today's globalized environment, the creditors and/or the assets of a distressed debtor are often located outside national boundaries. The new legislation is due to have a cross-border impact by improving the early implementation of a debt restructuring process, allowing for a better allocation of assets and reducing the need for time – and money – consuming domestic or ancillary bankruptcy proceedings, for the benefit of Swiss and foreign creditors.

This contribution presents the main features of the Swiss revised restructuring law.

1. Reinforcement of the Moratorium Phase

The Moratorium becomes an **authentic stay, dedicated to exploring and implementing restructuring measures while being protected from enforcement actions.**

a. Simplified access to the Composition Proceeding and immediate Provisional Stay

The proceeding can be initiated by the debtor, by a creditor or by the competent court upon notification of overindebtedness or bankruptcy filing. However, the **requirements for the debtor's request have been simplified**: the latter shall submit evidences regarding its current and future assets and returns (up-to-date balance sheet, profit-and-loss account, liquidity plan) as well as a provisional restructuring plan, but a draft Composition Agreement is no longer necessary.

Enabling the debtor to submit a petition for a Stay without being obliged to have preliminary disclosed its financial situation to its creditors will encourage early restructuring measures, for the benefit of the creditors and the debtor.

The **Provisional Stay is granted, immediately upon filing**, by the Court for a maximum duration of four months, **without the creditors being heard.**

b. Appointment of a Provisional Commissioner

A Provisional Commissioner is appointed by the Court and is entrusted with the duty to perform an in-depth analysis of the chances of restructuring the debtor or of homologating a Composition Agreement, and to safeguard third-parties' interests.

If the aim is to restructure the debtor during the Stay, the Provisional Commissioner's task is to supervise the preparation of the restructuring measures and their implementation. If the Provisional Stay should result in a Composition Agreement, its duty is to assess if the conclusion thereof seems feasible and to prepare a draft.

Under specific conditions, for instance, if third-party interests are not at stake or if the appointment of a Commissioner would substantially reduce the assets available, **the Court can even decide not to appoint a Provisional Commissioner.**

c. (Non-) disclosure of the Provisional Stay

Upon filing of a reasoned application, the Court can decide **not to disclose the Provisional Stay** (which, as a rule, is published), **the appointment of a Provisional Commissioner becoming then mandatory**.

This option is of significance, as the disclosure of the Provisional Stay could negatively impact the debtor, by weakening its creditworthiness and jeopardizing the continuation of the business and, thus, its restructuring. As an important check and balance, the mandatory appointment of a Commissioner in case of non-disclosure ensures proper protection of third-party interests.

2. Involvement of the creditors during the Definitive Stay reinforced

Before the Provisional Stay has expired, the Composition Court has to decide, considering the chances of restructuring the debtor or of homologating a Composition Agreement, if a **Definitive Stay of four to six months** should be granted or if a Bankruptcy should be opened.

The provisions regarding the Definitive Stay allow for an earlier and larger involvement of the creditors in the restructuring process.

a. Appointment of a Commissioner and its duties

While granting a Definitive Stay, the Composition Court appoints one Commissioner or more, who can be the former provisional Commissioner(s).

The Commissioner(s) will continue the Restructuring Process conducted during the Provisional Stay (or, if appropriate, prepare a draft Composition Agreement), supervise the activities of the debtor, update the creditors about the status of the stay, and, upon request of the Composition Court, issue interim reports.

The Definitive Stay can be extended to 12 months and, in complex matters, up to 24 months. If it is to exceed one year, an extraordinary Creditors' Meeting is to be convened, in order to inform the creditors about the status of the proceeding and the grounds for an extension.

b. Appointment of a Creditors' Committee and its duties

If required by the circumstances, the **Composition Court can appoint a Creditors' Committee and designate its Members**, all the categories of creditors having to be evenly represented (such as employees, suppliers, banks, financial creditors, representative of noteholders etc).

The **Creditors' Committee is entrusted with the duty to supervise the activity of the Commissioner(s),** is entitled to **give recommendations to the Commissioner(s)**, and is empowered to **approve, in place of the Court, a series of transactions which the debtor is prohibited to perform by himself during the Definitive Stay.**

3. Effects of the Provisional Stay and of the Definitive Stay reinforced

The effects of the Provisional and of the Definitive Stay are broadened, which improves the chances of restructuring the debtor and allows for an authentic moratorium.

a. Effects on the creditors' rights

The effects can be summarised as follows:

- **Enforcement actions against the debtor can neither be initiated nor continued**, this even for privileged claims; in the specific case of a non-disclosed Provisional Stay, enforcement proceedings can be introduced against the debtor but not continued.
- The **period of limitation ceases to run** and **interests stop to accrue**. In addition, **neither protective measures nor attachment proceedings can be initiated**. And, except for urgent matters, civil and administrative pending proceedings are stayed.
- The **assignment of a future claim** agreed upon before the Stay **has no effects if the assigned claim arises after the Stay was granted;** in the specific case of a non-disclosed Provisional Stay, this provision does not apply as long as the Stay has not been communicated to the assignee.
- As to **non-monetary claims**, the Commissioner can **decide whether they should be performed as such or converted into a monetary claim of corresponding value**, to be subject to the Composition Agreement.

b. Effects on ongoing contractual relationship

Upon approval of the Commissioner, and provided it is necessary for conducting the restructuring, the debtor is entitled to terminate at any time an ongoing contractual relationship (except for employments contracts[3]), **for the term of its choice**.

c. Effects on the debtor's rights

The capacity of the debtor to dispose of its assets is impacted, as he is **prohibited to dispose of long-term assets, to grant security interests thereon, to pledge liens on property, to grant sureties or to make gifts without the approval of the Composition Court or of the Creditors' Committee**, such transactions being otherwise void and null.

Conversely, the transactions conducted during the Stay with the approval of the Composition Court or of the Creditors' Committee cannot be avoided.

Enabling the debtor to submit a petition for a Stay without being obliged to have preliminary disclosed its financial situation to its creditors will encourage early restructuring measures, for the benefit of the creditors and the debtor.

4. Homologation of the Composition Agreement

a. Dividend for unsecured non-privileged creditors no longer required

A Composition Agreement can only be homologated if it provides for full compensation of privileged claims. Under the previous legislation, it was also required that its implementation be guaranteed, which implied that the satisfaction of unsecured and non-privileged claims had to be adequately protected.

This requirement has been removed, in order to increase the chances of restructuring the debtor, by **allocating assets to early restructuring measures.** Consequently, a distribution on unsecured and non-privileged claims is not to be guaranteed anymore.

b. Owners' contribution

The homologation of an Ordinary Composition Agreement has become subject to the **payment of an equitable contribution by the shareholders and other holders of ownership rights in the company**. Given that such a composition agreement implies a partial waiver of claims, this amendment levels the imbalance otherwise induced and ensures that the restructuring of the company is jointly financed by the creditors and the owners.

Should the creditors' rights be better protected by the Ordinary Composition Agreement without the owners' contribution than they would be in case of bankruptcy, then the contribution can be disregarded.

c. Transfer of assets to a newly founded company

Formalizing the commonly developed restructuring practice of transferring the assets of the restructured company to a newly founded subsidiary and of distributing the shares of the same amongst the creditors, **the composition dividend can, entirely or in part, consist of ownership or participation rights in the debtor or in a newly founded company**.

5. Changes to avoidance provisions for groups of companies

While Swiss law does not provide for specific rules for restructuring group of companies, **a reverse onus of proof provision is introduced for certain types of avoidance actions in order to prevent the transfer of assets from financially distressed companies to other group companies.**

Accordingly, the burden of proof is shifted to the defendant when the beneficiary of the possibly avoidable transaction is closely related to the debtor. A natural or legal person (including companies of a group) close to the debtor which has received assets during the *période suspecte* has to prove that the assets received and the related consideration are not disproportionate or that the fraudulent intention of the debtor was not recognizable to him. **If the person closely related to the debtor is unable to provide the required evidence, the respective assets will have to be transferred back**.

6. Conclusion

The revised legislation brings significant improvements and is restructuring friendly.

First, the **composition proceeding and its commencement are enhanced**, since the requirements for the granting of a Stay have been simplified. Moreover, **the Stay and its effects are strengthened and broadened, which, combined with the possible non-disclosure of the provisional Stay, makes it an authentic moratorium allowing for an early exploration and implementation of efficient restructuring measures between the debtor and its creditors.**

Secondly, with the possibility to terminate ongoing contractual relationship that could prove burdensome for the debtor, **more assets are made available for restructuring purposes**, and the restructuring process can be faster and more efficient.

Lastly, the possible appointment of a Creditors' Committee during the moratorium phase reinforces the involvement of the creditors, having in mind that a series of transactions are void if not approved by the Court or by the Creditors' Committee.

Nevertheless, **in order to ensure the sustainability of the various measures to be possibly taken and of the transactions related thereto, the creditors, the debtor as well as the Commissioners have to be properly assisted and advised**.

Whether in reorganisations or in liquidations, the use of mediation[4] and interests based negotiation strongly enhances the ability to achieve a successful outcome by assisting the Commissioners and the parties to clarify the interests at stake and to make a reasonable risk assessment of their positions through a facilitated communication within a safe and confidential process[5].

Preventing the conflict to escalate and aiming at solutions which shall fulfill the needs of all Parties though creative options can be best performed by a third party Neutral, as the Commissioners, even independent, will always be seen as fighting for the cause of the distressed debtor, inevitably drawn to his side.

Thus, combined with an efficient dispute prevention and resolution strategy, the amendments of the Swiss law shall facilitate and encourage the restructuring of distressed companies and help the debtor and its creditors to turn financial crisis into business opportunities.

Florence PASTORE, D.E.A
Attorney at Law, Mediator
pastore@altenburger.ch

Birgit SAMBETH GLASNER, LL.M.
Partner, Attorney at Law, ADR Neutral
sambeth.glasner@altenburger.ch

Altenburger Ltd legal + tax
Geneva, Zurich and Lugano, Switzerland
specialized in international dispute resolution and in cross-border insolvencies, restructurings and liquidations

1 www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2013/4111.pdf

2 As per the provisions on transitional law, the former rules on composition proceedings apply when a petition for a Stay has been filed before the amended legislation entered into force; other transitional provisions are missing, notably regarding changes to avoidance claims.

3 Specific amendments to employment law (including new provisions on social plans) were introduced by the amended legislation but will not be treated in this article.

4 All types of disputes within the insolvency field are suitable to settle through mediation.
According to the World Bank, in 2007 already, 41% of the legislations worldwide allowed the use of mediation to facilitate insolvency proceedings.

5 See *"Necessity of facilitated communication and creative dispute resolution in the context of cross border insolvencies. To restructure or to liquidate? How can mediation make the difference"*, Birgit Sambeth Glasner, UIA Congress 2013 Macao, www.altenburger.ch/fileadmin/user_upload/presentations/Birgit_Sambeth_Glasner_UIA_Congress_Macao_2013_To_restructure_or_to_liquidate_How_can_mediation_make_the_difference.pdf



The Arrival of Deferred Prosecution Agreements in the UK

Maria CRONIN

From 24 February 2014, the Serious Fraud Office (SFO) and Crown Prosecution Service (CPS) will be able to conclude criminal investigations into co-operating corporate organisations by entering into Deferred Prosecution Agreements (DPAs). DPAs will offer a radical departure from the UK's traditional approach to corporate criminality and, in conjunction with the Bribery Act 2010, will represent a significant step by the UK government in its bid to tackle serious economic crime. Whilst the introduction of DPAs might be seen by some as bringing "global settlements" within closer reach, we will have to wait and see whether this will become a reality.

What are DPAs?

DPAs will involve the filing in court of agreed charges against a corporation, subject to a condition that the charges will not be pursued if the corporation complies with "a range of tough and stringent conditions including, for example, the payment of a substantial penalty, requirements to make reparation to victims and participate in monitoring for a set period". A major factor that will be taken into account when considering whether a corporation is eligible for a DPA is when and how it self-reported the criminal activity to the CPS or the SFO.

By entering into a DPA, a corporation will avoid the significant harm that would flow from a conviction – such as debarment from participating in government tenders, reputation damage and the expense of defending a long and protracted investigation – whilst at the same time making amends for past misconduct, and implementing systems to prevent any future re-occurrence. Indeed the DPA process might present an attractive alternative for a company that finds itself acutely exposed to the risk of a corporate prosecution. Where, for example, there is evidence of serious harm to victims or endemic economic crime within an organisation, a company's board will no doubt give considerable weight to the possibility of an early resolution.

DPAs in the United States

In the United States (US), DPAs are considered a hugely important weapon in the armoury of the Department of Justice (DOJ) and the US Securities and Exchange Commission (SEC). The US experience originated from a scheme of pre-trial diversion run by the Boys' Court of Chicago in 1914, to help young offenders avoid the stigma of a criminal conviction. Over time, these schemes were extended to defendants facing minor drug charges and other misdemeanours. In 1992, this process was for the first time adapted by Federal prosecutors in the corporate criminal context, with the first Non-Prosecution Agreement (NPA) reached with the Salomon Brothers for unlawfully auctioning Treasury securities.

A decade later, there was a surge in the use of DPAs and NPAs in the US. This was largely due to the catastrophic fallout following the conviction of Arthur Andersen LLP in 2001. The auditing and accountancy firm was alleged to have blocked the SEC's investigation into Enron PLC. The conviction resulted in thousands of jobs being lost, and investors and creditors losing significant sums. And although, in 2005, Arthur Andersen successfully appealed the conviction to the US Supreme Court[1], by this time the damage had already been done. The Arthur Andersen experience continues to be used as a powerful example of the cost of protracted criminal proceedings. DPAs and NPAs are now a fundamental part of US corporate prosecutions.

DPAs in the UK

The UK government introduced DPAs in response to growing judicial criticism of civil recovery orders and "US style deals", which were increasingly being used in place of prosecutions. These were seen as a threat to the UK's strict division between prosecutorial discretion and judicial independence, which hitherto had prevented any kind of settlement between the prosecutor and defendant.

Corporations under investigation faced significant difficulties, particularly where they were under investigation in more than one jurisdiction, with little prospect of a "global settlement". In the case of *R v Innospec Ltd [2010] Lloyd's Rep. F.C. 462* a US company with a UK subsidiary agreed settlements with both the US and UK prosecutors, in lieu of prosecution for offences of corruption. The US and UK officials jointly agreed the sentence. While the US court duly approved the deal, the UK court refused to do so. It was held that the UK prosecutors had overstepped their constitutional role and, as such, agreements and submissions of the type that had been put forward could not be approved. Lord Justice Thomas made clear that:

> *"Principles of transparent and open justice require a court sitting in public itself first to determine by a hearing in open court the extent of the criminal conduct on which the offender has entered the plea and then, on the basis of its determination as to the conduct, the appropriate sentence […]*

The UK government introduced DPAs in response to growing judicial criticism of civil recovery orders and "US style deals", which were increasingly being used in place of prosecutions.

Call for articles

L'équipe du Juriste International vous invite à devenir rédacteur !

Faites-nous parvenir vos propositions d'articles en français, anglais ou espagnol sur les sujets qui vous intéressent en matière de droits de l'Homme , de pratique générale du droit ou sur la profession d'avocat.

Juriste International invites you to become an author!

Send us your proposed articles in English, French or Spanish on a subject of your choice in the fields of human rights, substantive legal issues or the legal profession.

¡El equipo del Juriste International le invita a redactar un artículo!

Envíenos sus proposiciones de artículos en español, francés o inglés sobre la temática que le interesa en el ámbito de los derechos humanos, de la práctica general del derecho o relativo a la profesión de abogado.

Para más información sobre nuestra carta de redacción:

For further information concerning our guidelines:

Pour plus d'informations sur notre charte de rédaction :

Union Internationale des Avocats
25, rue du Jour
75001 Paris
France

Anne-Marie Villain
avillain@uianet.org
Tel : + 33 1 44 88 55 66
Fax : + 33 1 44 88 55 77

[…]I have concluded that the Director of the SFO had no power to enter into the arrangements made and no such arrangements should be made again.

[…] it is for the court to decide on the sentence and to explain that to the public, as I have endeavoured to do, in a manner that is both open and transparent, as that is what justice requires."[2]

With the introduction of DPAs, the UK government has sought to balance the concerns of the judiciary and those of corporations. A decision to enter into a DPA will be subject to judicial scrutiny as will the final DPA. The judge will have to determine whether or not the DPA is in the interests of justice and whether its terms are fair, reasonable and proportionate to the wrong committed. Whilst the judge will initially consider the proposed terms of the DPA at a private, preliminary hearing, the final DPA will subsequently be approved in open court, with transparency being key.

In addition to providing a framework within which negotiations can be carried out, in accordance with the *"principles of open and transparent justice"*, the UK government also hopes to resolve the difficulties UK prosecutors have faced in the past when prosecuting corporations. While criminal convictions of companies for economic crime have long been a feature of the US criminal justice system, prosecutions in the UK have been fraught with difficulties. In the UK, it must be shown that there was intent attributable to one or more individuals representing the "controlling mind and will" of the company (the identification principle). The identification principle requires that the prosecutor proves that an individual of sufficient seniority, so as to be identified as the company, was involved in the relevant criminal conduct and had the required guilty knowledge. This hurdle has in the past provided a powerful shield for corporations.

In the US, corporate liability can be established applying the principle of *"respondeat superieur"* whereby a "corporation may be held criminally liable for the acts of its directors, officers, employees, and agents. To hold a corporation liable for these actions, the government must establish that the corporate agent's actions (i) were within the scope of his duties and (ii) were intended, at least in part, to benefit the corporation"[3]. This essentially makes corporations vicariously liable for the actions of its directors and employees. It is perhaps for this reason that companies in the US have been so willing to self-report and go down the DPA route.

Conclusions

It may not be long before we see how DPAs work in practice in the UK, and whether they will provide the solution hoped for by the UK government. Where the conduct involves more than one jurisdiction, corporates will still face the prospect of negotiating with prosecuting authorities in more than one country. The DPA framework should however provide corporations with more comfort that a swift and successful outcome can be achieved.

However, employees and directors may want to seek legal advice at an early stage, where unlawful conduct is discovered, as we are yet to see how individuals will fare under this new system (which does not extend to individual criminal liability).

It is evident that DPAs, if utilised properly, will have a significant effect on the enforcement of economic crime in the UK.

Maria CRONIN
Peters & Peters Solicitors LLP
London, United Kingdom
mcronin@petersandpeters.com

[1] *Arthur Andersen v US 544 US 696* (2005).

[2] *R v Innospec Ltd*, Southwark Crown Court, 26 March 2010.

[3] US Attorney's Manual.



Un important arrêt du Tribunal Constitutionnel d'Espagne

L'obligation d'adapter la jurisprudence des États membres au droit de l'UE

Bruno MICOLANO

Par une décision très récente du 13 février 2014 (Recurso de Amparo 6922/08 Melloni), le *Tribunal Constitucional de España* a franchi une étape essentielle sur la question de l'obligation d'adaptation au droit de l'Union européenne et des contre-limites que les États membres peuvent imposer.

C'est la première fois qu'une Cour constitutionnelle nationale soumet à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) une question qui concerne directement le pouvoir des États membres d'invoquer des contre-limites en matière de droits d'adaptation, par rapport aux obligations de conformité de l'ordre juridique national au droit de l'UE.

La décision de la CJUE avait été claire : dans la mesure où le droit de l'UE respecte les droits fondamentaux protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'UE, l'État membre ne peut pas refuser d'obéir aux obligations qui en découlent, pas même dans l'hypothèse où de telles obligations sont contraires aux droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales.

Il s'agit de la décision Melloni n° 399/11 du 26 février 2013.

Ainsi, la Cour constitutionnelle espagnole s'adapte petit à petit, comme toutes les Cours suprêmes des États membres (concernant l'Italie, voir l'*Affaire Scoppola* dans *Juriste International* n° 2012- 4 p. 75).

La Cour constitutionnelle espagnole s'adapte. Pourtant, dans un soubresaut d'orgueil national, elle veut laisser penser qu'il s'agit d'une réflexion qui lui est propre, et non pas d'une adaptation qui est, en réalité, l'ordre d'une Cour supérieure.

Cependant, la Cour s'adapte dans les faits.

Il s'agit d'une affaire très connue.

Un citoyen italien Stefano Melloni, résident en Espagne et accusé de faillite frauduleuse, a été jugé par contumace en Italie.

À titre définitif, il a été condamné à dix ans de réclusion en 2004.

Tout au long du procès et à chaque degré de juridiction, il a été assisté par des avocats de confiance et informé régulièrement des procès auxquels ces derniers avaient participé. Il s'agit d'un détail extrêmement important pour comprendre la teneur de l'affaire.

Pour l'exécution de ladite décision, un mandat d'arrêt européen a été émis. Ce dernier a été exécuté par la police espagnole, et le Tribunal de Madrid a ordonnée l'extradition de l'accusé vers l'Italie.

Melloni proposait un recours devant le Tribunal Constitutionnel, en soutenant que cette décision violait le droit à un procès équitable protégé par le droit espagnol, qui prévoit qu'aucun condamné ne peut être extradé vers un pays dans lequel il a été condamné par contumace. Tel est ce que prévoit le droit italien : il n'y a pas la possibilité de rouvrir le procès.

Le Tribunal Constitutionnel saisi a donc suspendu le procès en cours et a adressé les questions préjudicielles suivantes à la CJUE :

« **1)** L'article 4 bis, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI, dans sa rédaction en vigueur résultant de la décision-cadre 2009/299/JAI, doit-il être interprété en ce sens qu'il empêche les autorités judiciaires nationales, dans les hypothèses indiquées dans ladite disposition, de soumettre l'exécution d'un mandat d'arrêt européen à la condition que la condamnation en cause puisse être révisée afin de garantir les droits de la défense de l'intéressé ?

2) Au cas où il serait répondu par l'affirmative à la première question, l'article 4 bis, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI est-il compatible avec les exigences qui découlent du droit à un recours effectif et à un procès équitable prévu à l'article 47 de la Charte [...], ainsi qu'avec les droits de la défense garantis par l'article 48, paragraphe 2, de ladite Charte ?

3) Au cas où il serait répondu par l'affirmative à la deuxième question, l'article 53 de la Charte, interprété de façon systématique en liaison avec les droits reconnus aux articles 47 et 48 de la Charte, permet-il à un État membre de subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État demandeur, conférant ainsi à ces droits un niveau de protection plus élevé que celui qui découle du droit de l'Union européenne, afin d'éviter une interprétation limitant ou portant atteinte à un droit fondamental reconnu par la Constitution de cet État membre ? »

La Cour a répondu à ces questions dans la décision précitée.

1) L'article 4 bis, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que l'autorité judiciaire d'exécution, dans les hypothèses indiquées à cette disposition, subordonne l'exécution d'un mandat d'arrêt européen délivré aux fins de l'exécution d'une peine à la condition que la condamnation prononcée par défaut puisse être révisée dans l'État membre d'émission.

2) L'article 4 bis, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la

décision-cadre 2009/299, est compatible avec les exigences découlant des articles 47 et 48, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

3) L'article 53 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas à un État membre de subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission, afin d'éviter une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par sa constitution.

La réponse était claire et précise.

Les juges espagnols, bien qu'ayant montré une grande sensibilité europhile, avaient peu de possibilités : soit ils renonçaient à la protection prévue par la Constitution nationale, soit ils désobéissaient aux juges européens.

Comme il a été rappelé au début, la Cour rappelle fermement l'existence de contre-limites dans chaque État membre, et nie qu'il puisse exister une "cession de souveraineté" à un point tel que le niveau de protection des droits de l'homme dans chaque État soit abandonné.

Après cette prise de position, la Cour a cependant établi ce que les juges européens avaient établi, c'est-à-dire que le défendeur contumace était parfaitement au courant du déroulement du procès auquel volontairement il n'a pas participé, en faisant participer à sa place et pour sa défense un avocat de confiance. De ce fait, il n'a pas le droit d'obtenir une réouverture du procès. Les juges concluent que Melloni pouvait être extradé vers l'Italie.

Un tel principe constitue un revirement dans la jurisprudence du Tribunal, et ce quand bien même le Tribunal a assuré avoir modifié sa jurisprudence de sa propre initiative et non sur ordre d'une Cour supranationale.

Cela revient à dire : la souveraineté est sauve mais je m'adapte à l'Europe.

Bruno MICOLANO
Président du 58e congrès de l'UIA
Studio Micolano
Bologne, Italie
micolano_avv.bruno@iol.it



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados



Comparative Study on Anti-Corruption Regulations US, Europe, China and Japan

MONDAY, JULY 7, 2014

TOKYO

JAPAN



Information and online registration at www.uianet.org

Seminar organised by UIA in collaboration with the Tokyo Bar Association

Juriste International : politique éditoriale

L'objectif du Juriste International *est d'offrir un forum de débats et d'informations sur des sujets qui intéressent les juristes en exercice dans le monde entier.*
Le Juriste International *n'esquivera pas les questions délicates ou controversées. Une publication qui ne viserait que des sujets faciles et sans risques ou qui ne publierait que des articles exprimant des opinions unanimes ou majoritaires ne vaudrait pas la peine d'être lue.*
Les opinions exprimées dans le Juriste International *ne reflètent que celles de leurs auteurs. La publication dans le* Juriste International *n'implique ni que l'UIA ni que le* Juriste International *partagent ou soutiennent ces opinions.*
La publication ou la dissémination de matériel publicitaire ou promotionnel par le Juriste International *n'indique en aucun cas l'approbation des produits, services, personnes ou organisations par l'UIA ou par le* Juriste International.

Juriste International : editorial policy

The aim of Juriste International *is to offer a forum for discussion and information on issues of interest to practising lawyers throughout the world.*
Juriste International *will not avoid difficult or controversial issues. A journal which covered only the safe or easy issues, or which only published articles expressing the consensus view or the opinions of the majority, would not be worth reading.*
The views expressed in articles in Juriste International *are the views of the authors. Publication in* Juriste International *does not imply that either the UIA or* Juriste International *shares or supports those views.*
Publication or dissemination of advertising or promotional material does not indicate endorsement or support of any product, service, person or organisation by the UIA or Juriste International.

Juriste International : política editorial

El objetivo de Juriste International *es el de ofrecer un fórum de debate e información sobre temas que interesan a los juristas en ejercicio en el mundo entero.*
Juriste International *no eludirá las cuestiones delicadas o controvertidas. No valdría la pena leer una publicación que trate únicamente sobre temas fáciles y sin riesgo, o que publique tan sólo artículos que expresen opiniones unánimes o mayoritarias.*
Las opiniones expresadas en Juriste International *son sólo el reflejo del punto de vista de sus autores. Su publicación en* Juriste International *no implica que la UIA o* Juriste International *comparta o apoye dichas opiniones.*
La publicación o distribución de material publicitario o promocional en Juriste International *no indica en ningún caso la aprobación de los productos, servicios, personas u organizaciones por parte de la UIA o de* Juriste International.

JURISTE INTERNATIONAL

PUBLICATION DE L'UIA / UIA PUBLICATION / PUBLICACIÓN DE LA UIA
25, rue du Jour
75001 PARIS (France)
Tel. +33 1 44 88 55 66
Fax. + 33 1 44 88 55 77
E-mail : uiacentre@uianet.org
Site Web : www.uianet.org

EQUIPE DE REDACTION / EDITORIAL TEAM / EQUIPO DE REDACCIÓN

Bénédicte QUERENET-HAHN,
Rédacteur en Chef / Chief Editor / Redactor Jefe

Jerome ROTH,
Rédacteurs en Chef Adjoint / Deputy Chief Editors / Redactors Jefe Adjunto

Bernard GRELON,
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

Nicole VAN CROMBRUGGHE,
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

Directeurs de rubriques / Section Directors / Directores de sección

Actualités de l'UIA / UIA News / Novedades de la UIA
Simona MATTA

Droits de l'Homme et de la Défense / Human Rights and Defence of the Defence / Derechos Humanos y de la Defensa
Stéphane BONIFASSI ❱ Carlos FATÁS MOSQUERA ❱ Martin PRADEL

La Profession d'Avocat / The Legal Profession / La Abogacía
Franco VILLA

Pratique du Droit / Legal Practice / Ejercicio de la Abogacía
Nicole VAN CROMBRUGGHE ❱ Gavin LLEWELLYN

Secrétaire de Rédaction / Editorial Assistant / Secretaria de Redacción
Marie-Pierre RICHARD

RÉGIE PUBLICITAIRE / ADVERTISING SALES AGENCY/ AGENCIA DE MEDIOS

SEEPP - Régis LAURENT
7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél. : +33 1 47 27 50 05

MAQUETTE ET EDITION / DESIGN AND EDITIONS / MAQUETA Y EDICION

APPS FRANCE - fpicard@appsfrance.com

Tirage - Distribution / Circulation - Distribution / Tirada - Distribución
3000 exemplaires / copies / ejemplares

Crédit photos / Photos credit / Crédito fotos

❱ ©Sean Pavone-Shutterstock : couverture, 10, 38 ❱ ©Supachita Ae-Shutterstock : 1
❱ ©Richard Rigby-Shutterstock : 2 ❱ ©Perati Komson-Shutterstock : 2 ❱ ©abc7-Shutterstock : 10
❱ ©Convention Bureau Valencia : 13 ❱ ©Ariel del Mastro-Fotolia : 16 ❱ ©XtravaganT-Fotolia : 17
❱ ©Sean Pavone-Fotolia : 19 ❱ ©cowardlion-Shutterstock : 22 ❱ ©Kulit Na Nakorn-Shutterstock : 22
❱ ©Michael Quemener-Mémorial de Caen : 30 ❱ ©Ping Chen : 33 ❱ ©Greir-Shutterstock : 38
❱ ©Christian Vinces-Shutterstock : 48 ❱ ©Hinochika-Shutterstock : 48

CICERO LawPack

SOFTWARE

FOR LEGAL DEPARTMENTS





CICERO LawPack®

www.cicero.be - sales@cicero.be